Die gemischte Schenkung

nach neuem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Hermann Matthes

aus Schönau O.-S.

BEUTHEN O.-S.
Druck von Wilhelm Kamm.
1904.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0008

Inhaltsverzeichnis.

A. Allgemeiner Teil.

I. Einleitung (Begriffsbestimmung).

§ 1. 1. Umsatzvertrag und Schenkung.

§ 2. 2. Die gemischte Schenkung.

§ 3. 3. Scheinkauf und Scheinschenkung. — Schenkung unter einer Auflage.

§ 4. II. Die rechtliche Behandlung der gemischten Schenkung Der Grundsatz.

§ 5. III. Das Mittel des Kaufs und das Mittel der Schenkung.

B. Besonderer Teil.

§ 6. I. Die Formvorschrift.

§ 7. II. Die Verstempelung der gemischten Schenkung.

§ 8. III. Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks.

§ 9. IV. Die Kompetenz.

1. Das Verweigerungsrecht.

2. Das Rückforderungsrecht.

§ 10. V. Der Ergänzungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten.

§ 11. VI. Die Anfechtung der gemischten Schenkung innerhalb und ausserhalb des Konkurses.

Verzeichnis

der benutzten Schriften.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, Erlangen 1884.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. 1889.

Bremer, Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen in Jherings Jahrbüchern, Bd. 13.

Burckhard, Über Schenkungsannahme, 1892.

derselbe, Zum Begriffe der Schenkung in den Festgaben für Bekker. Erlangen 1899.

Cosack, Anfechtungsrecht der Gläubiger. 1884.

Derselbe, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1900 u. 1901.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Band, 1. Hälfte. 1902.

Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, 5. Aufl. 1897.

Derselbe, Pandekten, 4. Aufl. 1894.

Derselbe, Bürgerliches Gesetzbuch 1898—1902.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 1899. 2. Bd. 3.—5. Aufl. 1900.

Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Hälfte: Schuldverhältnisse von L. Enneccerus. 2. Aufl. 1901.

Erlanger, Kaufvertrag unter Ehegatten mit Festsetzung des Kaufpreises unter dem Werte der Sache in Schenkungsabsicht. Inauguraldissertation Erlangen 1892.

Foerster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 2. Bd., 6. Aufl. 1892. 7. Aufl. 1896.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Hachenburg, Das Recht der Gewährleistung beim Tierhandel, 1888.

Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung sowie zu dem Gesetze betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens. Berlin 1881.

Hartmann, Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens, 2. Aufl. 1881 und 5. Aufl., herausgegeben von Meikel, 1904. (Diese zitiert mit „Hartmann—Meikel".)

Heinitz, Stempelsteuergesetz; 1. Aufl. 1896 und 2. Aufl. 1901.

Jäckel, Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner, 2. Aufl. 1889.

Jäger, Die Konkurs-Ordnung auf Grundlage des neuen Reichsrechts. 1902.

Johow, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.

Juristische Wochenschrift (Jur. W.)

Koeppen, Das negotium mitum cum donatione. Inauguraldissertation. Berlin 1901.

Korn, Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners in und ausser dem Konkurse. 1885.

Lammfromm. Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag. 1897.

Lotmar, Über causa im römischen Rechte, 1875.

Mandry, Civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze, 2. Aufl. 1882.

Mattiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1899.

Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht, 1. Bd. Marburg 1835.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Amtliche Ausgabe 1888.

Mugdan, Gesamte Materialien, 2. Bd. 1899.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Bd., 2. Aufl. 1900; 2. Bd. 1900.

Noelle, Stempelsteuergesetz, 1896.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.

Otto, Anfechtung von Rechtshandlungen. 1881.

Pernice, Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen. Inauguraldissertation 1882.

Petersen, Kommentar, zur Civilprozessordnung, 4. Aufl. 1899/1901.

Derselbe, Zur Lehre vom Anfechtungsrecht in der Zeitschrift für

deutschen Civilprozess, herausgegeben von Busch und Vierhaus, Bd. X, S. 17 ff.

Petersen und Klelnfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl. 1890.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Berlin 1900.

Pollack, Der Schenkungswiderruf. 1886.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2 u. 4, 1898.

Raeke, Der Widerruf der Schenkung. Inauguraldissertation Berlin 1900.

Regelsberger, Pandekten, 1893.

Reichsgericht, Entscheidungen in Civilsachen. (R. G.)

Reichsoberhandelsgericht, Entscheidungen. (R.-O.-H.-G.)

Sarwey-Rossert, Kommentar zur Konkursordnung, 4. Aufl. 1901.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 4. 1841.

Schilling, Lehrbuch der Institutionen und Geschichte des römischen Rechts, Bd. 3. 1846.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldenverhältnisse. 1897.

Seufferts, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Aufl. Bd. 2. 1903.

Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1898—1901.

Stieve, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruches. 1899.

Stolte, Der Begriff der Schenkung nach dem Bürgerlichen Recht. Inauguraldissertation, Strassburg 1900.

Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis; 3. Aufl. 1898

Striethorst's Archiv. (Strieth. Arch.)

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1863.

v. Völderndorff, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1879.

v. Wilmowsky, Deutsche Reichskonkursordnung, 3. Aufl. 1885; 5. Aufl. 1896.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes. 2. Bd. 8. Aufl. bes. von Kipp. 1900.

Wolff, Die Konkursordnung, Berlin 1900.

Zachariae-Crome, Französisches Civilrecht, 8. Aufl. 1895.

Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

A. Allgemeiner Teil.

I. Einleitung.

1. Umsatzvertrag und Schenkung.

§ 1.

Die unendliche Fülle der Rechtsgeschäfte, in denen sich der Verkehr bewegt, lässt sich der Hauptsache nach in zwei grosse, zu einander in Gegensatz tretende Gruppen, sondern, die entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäfte.[1]) Der Hauptanteil aller Verträge, welche im täglichen Leben abgeschlossen werden, entfällt auf die erste Kategorie, die man deshalb wohl auch mit dem Namen der „Verkehrsgeschäfte" schlechthin belegt hat.[2]) Unter ihnen spielen eine besonders wichtige Rolle die „Umsatzverträge", wie Kauf, Tausch u. s. w, d. h. diejenigen Rechtsformen, in welchen sich unter Lebenden der Austausch von wirtschaftlichen Gütern, von Gebrauch und Nutzung oder von Arbeit vollzieht.[3]) Über das die Umsatzverträge aus der Masse der übrigen entgeltlichen Geschäfte heraushebende Begriffsmerkmal ist man in der Literatur nicht einig.[4]) Meist betont man die fast immer vorhandenen Verschiedenartigkeit der beiderseitigen Austauschobjekte und findet hierin das unterscheidende Moment. M. E. zu Unrecht. Jene Verschiedenartigkeit der Leistungen braucht keineswegs in allen Fällen vorhanden zu sein. Es ist nicht abzusehen, warum z. B. ein Tausch von zwei

---

[1]) Burckhard Begr. S. 120.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. I § 99 S. 233; Regelsberger, Pand. Bd. I. § 140 S. 512 f.; Endemann, B. G. B. Bd. I. § 70, S. 296 Anm. 7.

[3]) Lammfromm, Teilung u. s. w. S. 42. 46.

[4]) Lammfromm, a. a. a. O. §§ 14, 15, S. 52 ff.

gleich grossen Posten Tuch von ganz gleicher Beschaffenheit und Güte unmöglich sein sollte, von denen der eine in Memel und der andere in Konstanz lagert. Hier lässt sich gewiss auch ein Interesse für die Vornahme eines Tauschgeschäfts denken, ein solches kommt zu stande, obwohl von einer „Verschiedenartigkeit der Austauschobjekte“ keine Rede sein kann. Dieses, wie schon erwähnt, in den Regelfällen stets vorhandene äusserliche Merkmal der Verschiedenartigkeit der umzusetzenden Leistungen ist vielmehr nur die Erscheinung, welche in den Vertragschliessenden die innere Vorstellung eines anderen, das Wesen der Umsatzgeschäfte wirklich kennzeichnenden Moments auslöst, nämlich die Vorstellung der Parteien von einer bestehenden Verschiedenwertigkeit der Austauschobjekte. Diese Wertsverschiedenheit kann — objektiv — durch die Beziehungen der Umsatzleistungen zu anderen Gegenständen oder — subjektiv — zu den Vertragschliessenden bedingt und daher auch bei völliger Gleichartigkeit noch vorhanden sein.

Diesen Zusammenhang dargelegt zu haben, ist das Verdienst der scharfsinnigen Untersuchung Lammfromms.[1])

Indem nun in jedem Kontrahenten jene Vorstellung von einer ihm vorteilhaften Wertsverschiedenheit der Austauschobjekte wirksam wird, bestimmt sie ihn zum Geschäftsschlusse; sie ist also „die Grundlage der causa des Umsatzvertrags.“[2]) Daraus ergibt sich die wichtige Folgerung, dass bei dem Umsatzvertrage jede Partei ihre eigene causa hat, dass also jener durch das Vorhandensein von zwei, einander ausschliessenden causae charakterisiert wird.

Hiernach sucht bei dem Umsatzgeschäfte jeder Kontrahent in der Gegenleistung einen den Wert der eigenen Leistung übersteigenden Gegenwert zu erlangen, das treibende Motiv ist das Bestreben, die eigene Vermögenslage zu verbessern, in ihm ist der Eigennutz rege.[3]) Damit ist eine Anschauung abgelehnt, welche noch gegenwärtig als die herrschende bezeichnet werden muss, die Anschauung nämlich, als ob bei dem Umsatzvertrage jeder Kontra-

[1]) a. a. O. S. 52 ff.
[2]) Lammfromm, S. 55.
[3]) Ebenda, S. 54, 56, 58.

hent in der Gegenleistung, die er für das von ihm freigegebene wirtschaftliche Gut empfängt, ein „Entgelt“ erhalte, in welchem er also keine Verbesserung seiner Vermögenslage, sondern den vollständigen Ausgleich für seine Vermögenseinbusse finde, dass hiernach jeder Beteiligte in der Gegenleistung einen vollwertigen Ersatz für die eigene Leistung suche, die beiderseitigen Leistungen mithin in der Vorstellung der Parteien **gleichwertige** seien.[1])

Was nun die oben als begriffsbestimmend für die Umsatzverträge hervorgehobene Verschiedenwertigkeit der Austauschobjekte anlangt, so ist zu beachten, dass sie eben nur in der **Vorstellung der Vertragschliessenden** existieren muss,[2]) auf die wirkliche Sachlage, ob also im gegebenen Falle **objektiv** der Wert der Gegengabe grösser ist als derjenige der eigenen Leistung, ob er gleich oder gar geringer ist, darauf kommt es nicht an. Die Triebfeder für den Geschäftsschluss und daher für das Wesen des Umsatzvertrages bedeutungsvoll ist allein die **subjektive** Vorstellung der Parteien. So bleibt ein Kauf, bei welchem der Käufer die Ware, sei es infolge von mangelhafter Sachkenntnis oder aus anderen Umständen, zu teuer, d. h. über den verkehrsmässigen Wert hinaus bezahlt, darum nicht weniger ein Umsatzvertrag.

Wenn wir die Eigenart des Umsatzvertrags in der in der Vorstellung jedes Kontrahenten bestehenden Wertsverschiedenheit der gegenseitigen Leistungen und der sich hieraus ergebenden „Duplizität seiner causa“ begründet fanden, so liegt sie im Gegensatze hierzu bei den unentgeltlichen Vermögenszuwendungen, vor allem bei der hier allein zu erörternden Schenkung in der Einheitlichkeit der causa. Wenn man behauptet hat, die Schenkung habe überhaupt keine causa, sondern bei ihr sei das „Geben Selbstzweck“, die „Zuwendung erfolgte um der Zuwendung willen“,[3]) so ist das irrig. Von denkenden Menschen muss mit einer von ihnen

---

[1]) Vgl. Bechmann, Kauf Bd. I S. 216, 490; Cosack B. G. B. § 52 S. 154 und § 139 S. 489 u. 491; Hachenburg, Gewährlstg. S. 39 Anm., S. 43; Stolte, S. 77; Lotmar, S. 59 und die bei Lammfromm a. a. O. S. 60 Anm. 4 Citierten.

[2]) Lammfromm, a. a. O. S. 54.

[3]) Vgl. Seneca, de benef. I. 2: „dedi ut darem“. Pollack, Schenkungswiderruf, §§ 1, 2. Windscheid, (Pand. Bd. 2. S. 506, Anm. 4) spricht von einer „Bereicherung um der Bereicherung willen.“

vorgenommenen Vermögensverschiebung immer ein bestimmter Zweck verfolgt werden,[1]) und dass eine Handlung ihr eigener Zweck sei, ist begrifflich unmöglich. So hat auch die Schenkung ihren Zweck, ihre causa. Aber hier ist die Absicht nicht auf die Vermögensvermehrung jedes Teils durch Eintausch eines dem Vertragschliessenden wertvoller dünkenden Gegenstandes an Stelle des hingegebenen, sondern ausschliesslich auf die Vermögensvermehrung, die Bereicherung des empfangenden Teils gerichtet.[2]) Der Vermögenseinbusse des Gebers tritt auf seiner Seite kein Vermögenszuwachs gegenüber; der Schenker macht die Zuwendung, wie es Julian[3]) ausdrückt, „propter nullam aliam causam quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat.“ Der Gegenteil nimmt die ihm in dieser Absicht gemachte Zuwendung als eine freigebige an, von beiden Parteien wird also dem Geschäfte übereinstimmend eine einheitliche causa su Grunde gelegt, die causa liberalitatis.[4])

Da sich die folgende Untersuchung mit einem eigentümlich gemischten Vertragstypus befasst, in welchem ein Umsatzvertrag verbunden mit einer Schenkung enthalten ist, so muss auf die letztere, die im Rechtssystem zu einem eigenen Vertragstypus mit bestimmten Begriffsmerkmalen ausgestaltet ist, noch etwas näher eingegangen werden. Ein grosser Teil der im gemeinen Rechte über das Wesen der Schenkung herrschenden Streitfragen ist durch die Begriffsbestimmung der §§ 516 Abs. 1 und 517 des Bürgerlichen Gesetzbuchs — eine der wenigen, welche es kennt — entschieden. § 516 bestimmt:

> „Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt,“

und § 517 fügt dieser Begriffsbestimmung das negative Kriterium hinzu:

---

[1]) Vgl. Crome § 230 S. 504.

[2]) Lammfromm, a. a. O. S. 134.

[3]) l. 1. D. de don. 39. 5.

[4]) Burckhard, a. a. O. S. 50; 129 f; Koeppen S. 13; Oertmann, B. G. B. Vorbem. zum 2. Tit. Anm. 3 S. 232.

„Eine Schenkung liegt nicht vor, wenn Jemand zum Vorteil eines Anderen einen Vermögenserwerb unterlässt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt.

Hiernach erfordert die Schenkung zunächst objektiv eine „Zuwendung", d. h. Übertragung eines Vermögensstückes an den andern Teil. Es genügt auch die Überlassung zu Gebrauch oder Nutzung.[1]) Immer aber muss die Zuwendung **aus** dem Vermögen des Gebers erfolgen, d. h. es muss für ihn mit der Zuwendung ein wirklicher Vermögensverlust, das Aufheben eines Vermögensbestandteils verknüpft sein, der Zuwender muss durch die Zuwendung „ärmer werden"[2]) Aus diesem Grunde scheidet z. B. die unentgeltliche Leistung von Diensten aus dem Gebiete der Schenkungen aus. Denn sie hat keine Vermögensverringerung für den Zuwender im Gefolge.[3]) Das Unterlassen eines möglichen Vermögenserwerbes, der Verzicht auf einen erst künftig sich vollziehenden, wenn auch mit Gewissheit zu erwartenden Vermögenszuwachs zu Gunsten eines Andern enthält, wie dies § 517 noch ausdrücklich hervorhebt, keine Schenkung, eben weil das Vermögen des Verzichtenden keine Einbusse erleidet, vielmehr in seinem gegenwärtigen Stande unberührt bleibt.[4])

Es genügt aber nicht, dass der Geber durch die Zuwendung ärmer wird, der Empfänger muss durch sie auch „reicher" werden,[5]) d. h. die Gesamtheit seiner geldwerten Rechte[6]) muss in ihrem

---

[1]) S. Burckhard, S. 63, 122 ff.; Cosack, Bd. 1. § 139 S. 488 f; Endemann, Bd. 1. § 164 S. 738 f; Stolte, S. 22. ff; Crome, §. 230 S. 503 Anm. 4.

[2]) Cosack, a. a. O. S. 489 f; Crome, § 230, S. 505, 506; Stolte, S. 27., Vgl. Motive z. B. G. B. Bd. 2. S. 287 und Entw. I. § 437: Zuwendung „durch welche das Vermögen des Zuwendenden vermindert und der andere bereichert wird.

[3]) Cosack, a. a. O. S. 490; Crome, a. a. O. S. 506; Stolte, a. a. O. S. 187. A. M. Dernburg B. G. B. Bd. II. 2 § 205 S. 119.

[4]) Cosack, a. a. O. S. 490; Endemann, a. a. O, S. 740. Text u. Anm. 12.

[5]) Vgl. l. 5 § 8 D. 24, 1: „donationem . . . quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem."

[6]) Dernburg, Pandekten, Bd. 1. S. 49; Burckhard, a. a. O. S. 116; Crome, § 230, S. 506.

Bestande als Folge der Zuwendung eine Erhöhung erfahren.[1]) In den meisten Fällen wird die Vermögensverringerung des Gebers eine Vermögensvermehrung auf Seiten des Empfängers ohne weiteres nach sich ziehen,[2]) doch braucht dies nicht immer zuzutreffen. So bedeutet die Zuwendung eines Billets für eine Konzert- oder Theateraufführung[3]) für den Geber zweifelsohne ein Vermögensopfer, während der Begünstigte hierdurch in seinem Vermögen nicht bereichert wird, sondern nur die Mittel zur Verschaffung eines idealen eines Kunstgenusses, erhält.[4]) Darum wird man auch die Bestellung einer Sicherheit durch den Schuldner selbst für keine Schenkung halten können, sie bewirkt nur eine Sicherung einer bereits bestehenden, zum Vermögen des Bedachten gehörigen Forderung, also nur eine Befestigung des bisherigen Vermögensbestandes, keineswegs führt sie diesem einen neuen Zuwachs zu.[5]) Anders wird die Entscheidung bei Bestellung einer Sicherheit durch einen Dritten für einen vermögenslosen Schuldner lauten müssen.[6]) Hierdurch wird eine völlig wertlose Forderung zu einer wertvollen gemacht, das Vermögen des Gläubigers also materiell vermehrt.[7])

Die Zuwendung kann sich in allen Formen vollziehen, in welchen die ihren Inhalt bildende Vermögensverringerung und Bereicherung sich überhaupt rechtlich verwirklichen lässt, also vor allem durch Übereignung körperlicher Sachen, Abtretung von Forderungen, Bestellung von dinglichen Rechten, Begründung eines

---

[1]) Stolte, a. a. O. S. 45.

[2]) Cosack. a. a. O. S. 490.

[3]) Endemann, a. a. O. S. 740. Anm. 11; Stolte, a. a. O. S. 33.

[4]) Vgl. Crome § 230 S. 506.

[5]) So auch Stolte, a. a. O. S. 36 und, allerdings mit anderer Begründung, Endemann a. a. O. S. 741. Vgl. Enneccerus-Lehmann. § 256 S. 626 und Crome § 230 S. 506 u. Anm. 19.

[6]) Die im ersten Entwurfe (§ 139 Abs. 1) enthaltene Bestimmung: „Eine Bereicherung liegt dann nicht vor, wenn für ein Recht Sicherheit geleistet wird, selbst wenn ein Anderer als der Verpflichtete die Sicherheit leistet," ist im Gesetze gestrichen. Die Lösung der Frage muss deshalb nunmehr nach Lage des einzelnen Falles getroffen werden.

[7]) Burckhard, a. a. O. S. 123, Endemann, a. a. O. S. 740. Anm. 10; Cosack, a. a. O. S. 491 f., Planck, Bd. 2 Anm. 2 zu § 517; Stolte, a. a. O. S. 34 f; R. G. Bd. 33, S. 210. A. M. Koeppen, Das neg. mixt. c. d. S. 4, Ziff. 3.

Forderungsrechts (Schenkungsversprechen) sowie durch Verzicht[1]) — dando, promittendo, liberando. Sie braucht nicht unmittelbar vom Geber zum Empfänger zu geschehen, sondern kann auch durch dritte Personen vermittelt werden.[2]) Beispiele bieten Schenkungen vermittels Anweisungen, Wechsel, Verträge zu Gunsten Dritter usw.

Daran wird aber festzuhalten sein, dass die Zuwendung immer die Form eines Rechtsgeschäfts annehmen muss, da der Wille, den mit der Zuwendung bezweckten Rechtserfolg zu erreichen, sich der von der Rechtsordnung geschaffenen Mittel, d. i. der Rechtsgeschäfte, bedienen muss, um vom Rechte beachtet zu werden.[3])

Die Zuwendung ist nicht das der Schenkung eigentümliche Merkmal, sie findet sich bei vielen anderen Geschäften, wie Kauf, Tausch usw. Um das Geschäft zu einer Schenkung zu machen, muss zu ihr noch in subjektiver Beziehung hinzukommen die **Einigung** der Parteien über die **Unentgeltlichkeit** der Zuwendung. Dadurch ist einmal die im gemeinen Rechte heiss umstrittene Frage,[4]) ob die Schenkung ein **Vertrag** sei oder sich durch die in freigebiger Absicht bewirkte Zuwendung **einseitig** vollziehe, im Sinne der Anhänger der Vertragstheorie entschieden. Zum Zustandekommen der Schenkung ist hiernach die Annahme erforderlich: „non potest liberalitas nolenti adquiri“,[5]) in ihrer Ermangelung ist für den Zuwender ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegeben (§ 516 Abs. 2 B. G. B.).

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 287; Endemann, a. a. O. S. 738; Burckhard, a. a. O. S. 65 ff.; Planck, a. a. O. Bd. 2. S. 281 Ziff. 1; Cosack, a. a, O. § 52 S. 154 Ziff. 2; Oertmann, Vorbem. zum 2. Tit. Anm. 3. S. 232; Crome, § 230 S. 503.

[2]) Cosack, a. a. O. S. 492; Crome, § 230 S. 505 Anm. 16 u. S. 507. Stolte, S. 68 ff. Vgl. l. 4 D. de don. 39. 5: Etiam per interpositam personam donatio consummari potest.

[3]) Cosack, a. a. O. § 139 S. 488; Stolte, a. a. O. S. 47 ff.; dagegen Oertmann, a. a. O. S. 235; Dernburg, B. G. B. Bd. II. 2 § 205 S. 118; Crome, § 230, S. 506, 507;

[4]) Vgl. einerseits Schilling Institut. Bd. 3 S. 770; Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 613; Windscheid Pand. Bd. 2, 7. Aufl. S. 343; Dernburg Pand. Bd. 2 S. 288u. andererseits Savigny System Bd. 4 S. 145 ff; Bremer in Jherings Jahrb. Bd. 13 S. 136 ff; Pollack, Schenkungswiderruf, S. 1 ff; Becker Pand. Bd. 2 S. 182.

[5]) l. 19 § 2 D. 39. 5. Vgl. Cicero Topica cap. 8: neque donationem sine acceptatione intelligi posse.

„Unentgeltlich“ ist die Zuwendung dann, wenn der Geber für sie aus dem Vermögen des Empfängers keinen Gegenwert, kein Äquivalent erhält. Das besagt schon der Wortsinn von „unentgeltlich“ mit genügender Deutlichkeit. Nicht zu verwechseln ist die Unentgeltlichkeit mit dem Fehlen einer Nötigung, eines Zwanges zum Schenkungsabschlusse.[1]) Mit l. 29 pr. D. de don. 39. 5: „Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur“ in dem Mangel einer rechtlichen Verpflichtung zum Vertragsschlusse das Begriffsmerkmal der Schenkung zu finden, geht deshalb fehl, weil auch zur Vornahme vieler anderer Geschäfte, wie Kauf oder Miete, kein rechtlicher Zwang besteht, daher in diesem Sinne auch jene Verträge freiwillige (unentgeltliche) sind.[2])

Ob eine Leistung des Empfängers als Entgelt anzusehen ist, kann nur nach der Wertschätzung, welche ihr die Parteien beilegen, beurteilt werden.[3]) Auch in der Belastung des Empfängers mit einer Verbindlichkeit (wie beim Darlehn), oder in der Befreiung des Gebers von einer solchen (z. B. bei der Gewährung von Unterhalt an unterhaltsberechtigte Verwandte), ist ein „Entgelt zu finden,[4]) und selbst wenn nur eine natürliche Verbindlichkeit zu der Leistung des Gebers besteht, ist in der Befreiung von jener ein Entgelt zu sehen,[5]) so dass die Zahlung einer versprochenen Ehemäklergebühr oder einer Spielschuld keine Schenkung enthält.

Nicht zum Begriffe der Schenkung erforderlich ist der animus donandi in dem Sinne, als ob sie stets einer uneigennützigen, wohlwollenden Absicht entspringen müsse.[6]) Der Schenker kann vielmehr mit der Zuwendung auch selbstsüchtige Zwecke verfolgen, wenn sie nur **unentgeltlich** geschieht, die Erreichung des Zweckes also nicht zum Inhalte des Vertrages, und die Zuwendung nicht

---

[1]) So Endemann, a. a. O. S. 741.

[2]) Vgl. Burckhard, a. a. O. S. 125. 127.

[3]) Cosack, a. a. O. S. 489.

[4]) Burckhard, a. a. O. S. 131 Anm. 1; Endemann, a. a. O. S. 741 Anm. 15; Cosack, a. a. O. S. 491; Stolte a. a. O. S. 90 ff.

[5]) Burckhard, a. a. O. S. 136. Endemann, a. a. O. S. 741. Enneccerus—Lehmann § 256 S. 626. Crome, § 230 S. 506.

[6]) Enneccerus—Lehmann, B. G. B. 1. Bd. § 256 S. 625 Anm. 6.

von der Erreichung des eigennützigen Zweckes abhängig gemacht wird.[1]) So ist z. B. die Übertragung eines Teiles eines Grundstücks an eine Stadtgemeinde zur Anlegung eines Parkes darum nicht weniger eine Schenkung, weil der Geber hiervon eine Werterhöhung der Restgrundstücke als Bauplätze erwartet.

[1]) Burckhard, a. a. O. S. 136; Endemann, a. a. O. S. 741.

2. Gemischte Schenkung.

§. 2.

Mit einer unerschöpflichen Gestaltungskraft erzeugt der Verkehr die mannigfaltigsten Rechtsgebilde, welche der durch positive Rechtsvorschriften an bestimmte Formen und Typen gebundenen juristischen Konstruktion oft nicht geringe Schwierigkeiten bereiten. So gegensätzlich auch die oben besprochenen Rechtsformen des Umsatzvertrags und der Schenkung sind, — dort das Bestreben jedes Kontrahenten, auf Kosten des Gegners seine eigene Vermögenslage zu verbessern, hier die übereinstimmende Absicht, mit der durch keinen Gegenwert gedeckten Leistung den Empfänger zu bereichern, dort infolgedessen zwei sich widerstreitende causae des Vertrages, hier eine einheitliche causa lucrativa — so ist im Verkehrsleben eine Verbindung[1]) dieser beiden widerstreitenden Elemente in einem einheitlichen Rechtsgeschäfte gar nicht selten.

Eine solche Verbindung setzt voraus, dass das Rechtsgeschäft sowohl die Merkmale des Umsatzvertrags wie diejenigen der Schenkung enthält. Dadurch wird zunächst bedingt, dass die Vertragschliessenden wirklich und ernstlich **beiderseits** Leistungen machen, mit der Absicht, in der Gegenleistung einen den Wert der eigenen Leistung, auf Seiten des Schenkers wenigstens einen den Wert des als umgesetzt gedachten **Teiles** der Leistung übersteigenden Gegenwert zu erhalten. Denn das Bestreben, die eigene Vermögenslage auf Kosten des Gegners zu verbessern, gehört zum Wesen des Umsatzvertrags. Also auch derjenige Teil, welcher

[1]) Staudinger, Komm. z. B. G. B. Einltg. zum 2. Tit. des 7. Abschn. d. 2. Buchs, Bd. 2 S. 260.

durch das Geschäft bereichert werden soll, muss für die ihm gemachte Zuwendung an den anderen Teil ernstlich eine Gegengabe erbringen, in welcher dieser einen teilweisen Ausgleich für das aus seinem Vermögen aufgegebene wirtschaftliche Gut findet. Es muss also beispielsweise bei einem mit einer Schenkung „gemischten" **Kaufe** ein wirklicher „Umsatz von Ware gegen Geld" stattfinden.[1]) der Veräusserer muss von dem Erwerber für die Übertragung der Sache zu Eigentum eine bestimmte Geldsumme gezahlt erhalten. Damit scheiden aus der hier zu besprechenden Klasse von Verbindungen von Umsatzvertrag und Schenkung alle diejenigen Geschäfte aus, bei welchen die Leistung des Empfängers nur zum Schein gemacht ist oder wenigstens keine **Gegen**leistung darstellt. Hiervon ist weiter unten zu sprechen.[2])

Aber, wenn mit dem Geschäfte, abgesehen von dem Umsatzzwecke, von dem einen Kontrahenten gleichzeitig dem andern eine Freigebigkeit erwiesen werden soll, so darf die Leistung, welche der Zuwender macht, nicht ihrem vollen, von den Parteien angenommenen Werte nach durch die Gegenleistung abgegolten werden. Die Leistung des Zuwenders muss in ihrem Werte hinter demjenigen der Leistung des Empfängers zurückbleiben. Denn es muss von der Leistung des Veräusserers ein durch den Gegenwert nicht gedeckter Wertbetrag übrig bleiben, der eine **„unentgeltliche** Zuwendung", wodurch die beabsichtigte Schenkung zum Vollzug gebracht werden kann, ermöglicht.

So ergibt sich als das erste Erfordernis einer Verbindung von Umsatzvertrag und Schenkung, dass ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung obwalten muss. Dieses Missverhältnis darf aber nicht ein rein objektives, bloss aus der Vergleichung der verkehrsmässigen Werte der beiden Leistungen folgendes sein, es muss vielmehr von beiden Parteien gekannt und beabsichtigt sein.[3]) Eine objektive Verschiedenwertigkeit der Leistungen kann auch bei einem Umsatzvertrage vorkommen, ohne an dem Wesen desselben als eines reinen Umsatzvertrages etwas zu ändern, ohne das Ge-

[1]) Dernburg, Pand., Band 2 § 94 S. 252; Endemann, B. G. B. Bd. 1 § 157 S. 696.

[2]) Vergl. S. 37 ff.

[3]) Koeppen, a. a. O. S. 17, 18.

schäft zu einem „gemischten" zu stempeln. Wie schon berührt, kann der Verkäufer eine Ware zu billig, d. h. unter ihrem Verkehrswerte ablassen, weil er keinen genügenden Lagerplatz besitzt oder sie in seinem Geschäfte nicht mehr führen will usw. Der Käufer kann sie teuer bezahlen, weil er sie plötzlich benötigt u. dergl., ganz abgesehen von dem Falle der mangelnden Kenntnis des wirklichen Wertes. In allen erwähnten Beispielen kann man aber von dem subjektiven Standpunkte der ungünstig abschliessenden Partei aus nicht sagen, dass die Gegenleistung ihre eigene Gabe nicht voll aufgewogen hätte, nach den eigenartigen, den Vertragsschluss erheischenden Umständen des Falles musste sie in ihrer Vorstellung vielmehr sehr wohl als ein ausreichendes Entgelt erscheinen, innerhalb des durch die besondere Sachlage gegebenen Rahmens fand noch das dem Umsatzvertrage eigentümliche Bestreben, die eigene Lage auf Kosten des Gegners zu verbessern, Gelegenheit zur Betätigung.

Ganz anders liegen die Verhältnisse bei einem Geschäfte, in welchem sich Umsatzvertrag und Schenkung zu einer Einheit verbinden. Hier muss der Zuwender sich des Missverhältnisses der Leistungen bewusst sein, die Inkongruenz geradezu beabsichtigt haben. Aber auch das genügt noch nicht. Um eine Schenkung zustande zu bringen, ist weiterhin erforderlich, dass der andere Teil gleichfalls das zwischen den beiderseitigen Leistungen bestehende Missverhältnis kennt und den ihm unentgeltlich zugewendeten Wertüberschuss als unentgeltliche Zuwendung annimmt. Dieses Erfordernis war im gemeinen Rechte von denjenigen Schriftstellern, welche die Vertragsnatur der Schenkung leugneten, bestritten[1]). Nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann hierüber kein Zweifel mehr bestehen. Da dieses das Merkmal des Vertrags für den Begriff der Schenkung ausdrücklich feststellt, so würde beim Mangel der **Einigung** der Kontrahenten über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung des Wertüberschusses eine Schenkung überhaupt nicht zustande kommen können.

Als Begriffsmerkmale des eigenartigen Geschäftstypus, bei welchem sich Schenkung und Umsatzvertrag in „einer und der-

[1]) Vgl. v. Savigny, a. a. O. S. 99; Seuff. Arch. Bd. 3 S. 494; R. O. H. G, Bd. 5 No. 12 S. 52 f.

selben juristischen Handlung,[1]) in „demselben Rechtsgeschäfte“[2]) verbinden, sind, um nun zusammenfassend das Ergebnis der vorstehenden Erörterungen zu ziehen, hervorzuheben: einerseits ein beabsichtigtes Misverhältnis zwischen den beiden ernstlich umgesetzten Leistungen, andererseits das Einverständnis der Vertragschliessenden darüber, dass der durch die Gegenleistung nicht gedeckte Wertüberschuss dem Begünstigten unentgeltlich zugewendet sein soll.[3]) Wo diese Merkmale zutreffen, liegt allemal „eine gemischte Schenkung“ vor. Eine nähere Begriffsbestimmung ist wegen der in der Natur der Sache liegenden, weiter unten zu erörternden[4]) doppelten Möglichkeit für das Mittel der Schenkung nicht tunlich.

Wie mit einem Umsatzvertrage, so kann sich die Schenkung auch mit jedem anderen der zahlreichen entgeltlichen Geschäfte verbinden, z. B. mit einem Gesellschaftsvertrage,[5]) einem Vergleiche oder einer Teilung,[6]) wenn diesen Verbindungen auch wegen ihres selteneren Vorkommens nicht die Bedeutung wie den ersteren beigelegt werden kann. In den römischen Quellen wird besonders der Verbindung von Schenkungen und Darlehen Erwähnung getan.[7]) Man pflegte in der gemeinrechtlichen Literatur alle diese eigenartigen Geschäfte gemischten Charakters mit dem gemeinsamen

---

[1]) Savigny, a. a. O. S. 99; Unger Bd. 2 § 99 S. 219.

[2]) Planck, Anm. 6 zu § 516 S. 283.

[3]) Motive zum B. G. B. Bd. 2 S. 287; Bremer a. a. O. S. 118; Bechmann, Kauf 2. Teil 1. Abt. S. 150; Bekker Pand. Bd. 2 S. 201; Lammfromm, a. a. O. S. 132 ff; Foerster-Eccius, 7. Aufl. Bd. 2 § 122 S. 29; Dernburg, Pr. Pr. R. Bd. 2 § 161 S. 436 Anm. 21; Derselbe, B. G. B. Bd. 2 § 210 S. 138; Planck, Anm. 6 zu § 516 Bd. 2 S. 283; Oertmann, Anm. 8 zu § 516 S. 236; Standinger, Bd. 2 S. 260; Stolte, a. a. O. S. 110 ff., Koeppen, S. 34; R. O. H. G. Bd. 17 S. 12 ff.; R. G. B. 29 S. 266 ff.;

[4]) Vergl. S. 78.

[5]) Kein gemischtes Geschäft haben l. 5 § 2 D. 17, 2; l. 16 § 1 D. 4, 4; l. 32 § 24 D. 24, 1 im Auge, wenn sie von einer societas donationis causa sprechen. Hier handelt es sich um eine Gesellschaft, welche in Wirklichkeit eine Schenkung ist.

[6]) Vgl. Koeppen, a. a. O. S. 46.

[7]) Vgl. ll. 17 pr. D. 2, 14; 11 § 1 D. 12, 1.

Namen „negotia mixta cum donatione“ zu bezeichnen.[1]) Die Bedeutung eines einheitlichen Begriffs kam jedoch dieser Bezeichnung nicht zu, da die darunter zusammengefassten Geschäfte verschiedenen, von einander abweichenden Grundsätzen in der rechtlichen Behandlung unterlagen.[2]) Die vorliegende Abhandlung beschäftigt sich nur mit der Verbindung von Umsatzvertrag und Schenkung. Für dieses Geschäft ist die Bezeichnung „gemischte **Schenkung**“ gewählt worden. Man könnte dieser Terminologie vielleicht den Vorwurf machen, dass die nur den einen Geschäftsbestandteil namentlich hervorhebt und so im Dunklen lässt, welches der andere Bestandteil der „gemischten Schenkung“ ist. Dem Wortsinne nach würden auch alle übrigen möglichen Verbindungen einer Schenkung mit anderen entgeltlichen Geschäften darunter fallen, für welche im folgenden der Ausdruck „gemischtes Geschäft“ „negotium mixtum cum donatione“ beibehalten wird. Aber wegen des Umstands, dass in der Bezeichnung „gemischte **Schenkung**“ derjenige Geschäftsbestandteil hervortritt, welcher bei dem eigenartigen Rechtsgeschäfte die Schwierigkeiten der juristischen Behandlungsweise entstehen lässt, verdient jener Ausdruck m. E. den Vorzug vor der gleichfalls in Betracht kommenden Bezeichnung „Gemischter Umsatzvertrag“. Übrigens ist das Wort „Gemischte Schenkung“ für das hier zu behandelnde Rechtsgeschäft schon in der Literatur des öfteren verwendet.[3])

3. Scheinkauf und Scheinschenkung. Schenkung unter einer Auflage.

§ 3.

Im voranstehenden haben wir für die gemischte Schenkung die Stellung eines eigenartigen Vertragstypus in Anspruch genommen, der besonderen, noch zu erörternden Rechtssätzen untersteht. Diese

[1]) Der Ausdruck ist von l. 18 pr. D. de don. 39, 5 „cum mixtum sit negotium cum donatione“ genommen. Hier ist aber das mit der Schenkung verbundene Geschäft kein entgeltliches, sondern ein unentgeltliches (Auftrag).

[2]) Vgl. Koeppen, a. a. O. S. 19, 45.

[3]) Vgl. R. G. Bd. 29 S. 265; Dernburg, B. G. B. Bd. 2. § 210 S. 138.

ihre Natur wird noch deutlicher hervortreten, wenn wir eine Abgrenzung dieses Typus von einigen anderen Geschäftsarten vornehmen, mit welchen er einige ähnliche Züge aufweist.

Keine grosse Schwierigkeit bereitet die Sonderung des von uns behandelten Vertrags von denjenigen Fällen, in welchen in Wirklichkeit keine Verbindung von Schenkung und Umsatzvertrag besteht, in Wahrheit überhaupt von dem einen Teile keine Leistung erbracht oder umgekehrt eine Freigebigkeit erwiesen wird, sondern eine Verhüllung, eine Einkleidung des einen Geschäfts (Umsatzvertrags oder Schenkung) in die Form des andern vorliegt. Es kommt im Verkehre nicht selten vor, dass die Parteien das in Wahrheit von ihnen beabsichtigte Geschäft nicht in der diesem eigentümlichen Rechtsform erkennbar zum Ausdruck bringen, sondern es in das Gewand eines andern Geschäfts einkleiden, so dass nur das letztere nach aussen in die Erscheinung tritt.

So sind für die beiden, hier besonders interessierenden Geschäfte, Kauf[1]) und Schenkung, die beiden Fälle denkbar, dass

entweder der Kauf in das Gewand einer Schenkung, oder umgekehrt

die Schenkung in die Form eines Kaufs

eingekleidet wird.[2]) Dann ist im ersten Falle die Schenkung, im letzten der Kauf nur zum Schein abgeschlossen, für die juristische Behandlungsweise kommt, sobald das wahre Sachverhältnis aufgedeckt ist, im ersten Falle nur ein Kauf, im letzten nur eine Schenkung in Betracht. (§ 117 Abs. 2 B. G. B.). Die Gründe der Parteien dafür, durch ein Scheingeschäft ein anderes zu verdecken, können mannigfaltige sein. Insbesondere ereignet es sich häufig, dass die Kontrahenten zur Vermeidung der hohen Stempelkosten den abgeschlossenen Schenkungsvertrag als Kauf beurkunden.[3])

[1]) Was vom Kaufe gesagt ist, gilt auch für die übrigen Umsatzverträge, wie Tausch, Werkvertrag, Dienstmiete.

[2]) Bekker, Pand. Bd. 2 S. 201; Dernburg, Pr. Pr. R. Bd. 2 § 161 S. 436 Anm. 21; Foerster Eccius, Pr. Pr. R. 7. Aufl. Bd. 2 § 122. S. 29; Unger, Österr. allg. Pr. R. Bd. 2. § 99 S. 219; Koeppen, a. a. O. S. 14 ff.

[3]) Das ist natürlich unzulässig und kann die Erhebung des Schenkungsstempels nach Aufdeckung des wahren Sachverhalts nicht verhindern (§ 117[2] B. G. B.; 7. St. 56 zum prss. St. St. G. vom 31. 7. 1895). Die Parteien machen sich in solchem Falle auch wegen Steuerhinterziehung strafbar (§§ 17. 18. St. St. G.)

Hier interessiert nur die Feststellung, dass es sich in den erwähnten Fällen nicht um eine Verbindung von Kauf und Schenkung, um ein gemischtes Geschäft, sondern um einen **einfachen** Vertrag handelt. Es ist deshalb m. E. falsch und irreführend, wenn manche Schriftsteller[1]) auch in diesen Fällen von einem negotium mixtum cum donatione sprechen und so diesem ohnehin weiten Begriffe eine Ausdehnung geben, die jeder inneren Berechtigung entbehrt.

Grössere Schwierigkeiten als die eben besprochene Kategorie von Geschäften bereitet ein anderer Fall, die Abgrenzung der gemischten Schenkung gegenüber der Schenkung unter einer Auflage. Man könnte vielleicht den Begriff der gemischten Schenkung überhaupt in Frage stellen, indem man die Fälle derselben juristisch als eine Schenkung unter der Auflage, eine Leistung bestimmten Inhalts an den Zuwender zu machen, konstruiert. Vergegenwärtigen wir uns dies an einem praktischen Falle, der uns im Verlaufe der Abhandlung noch des öfteren dazu dienen soll, die praktische Gestaltung der für die gemischte Schenkung gefundenen Rechtsgrundsätze konkret zu veranschaulichen: A verkauft dem B. einen Brillantschmuck im Werte von 10000 M. für 2000 M. Beide sind darüber einig, dass der Mehrwert des Schmuckes dem B unentgeltlich zugewendet werden soll. Man könnte sich hier den Tatbestand vielleicht in der Weise zurechtlegen, dass man das Geschäft als eine Schenkung des A an den B auffasst unter der Auflage, 2000 M. an A zu zahlen. Damit würde man aber dem Willen der Kontrahenten nicht gerecht werden. Die Auflage verbindet mit der Schenkung ein **Nebengeschäft.** Durch die Hingabe des **ganz als geschenkt** geltenden Gegenstandes sucht der Schenker den Beschenkten seinerseits zur Übernahme einer Verpflichtung zu bewegen. Daher hat der Schenker stets vorzuleisten, erst an die vollzogene Zuwendung knüpft das Gesetz die Verpflichtung des Beschenkten (§ 525 B. G. B.). Es findet also **kein Austausch** von Leistungen statt, die vom Beschenkten zu machende Leistung (Erfüllung der Auflage) wird in der Vorstellung der Parteien auch nicht als Entgelt für die Leistung

[1]) Vgl. z. B. Foerster—Eccius, Pr. Pr. R. 7. Aufl. Bd. 2 S. 29; Cosack, Anf. R., S. 140 ff.

des Schenkers angesehen.[1]) Grade das letztere trifft aber bei der gemischten Schenkung für die Leistung des Bedachten zu. Sie wird **gegen** die Leistung des Zuwenders gemacht und von den Parteien als deren teilweilweises Entgeft angesehen. Wenn man sich im obigen Falle den Vertragsschluss vergegenwärtigt, so verspricht B, an A **gegen** Überlassung des Schmuckes 2000 M. zu zahlen. Es findet also ein Austausch von gegenseitigen Versprechungen statt, und ein solcher Austausch ist das Kennzeichen des gegenseitigen Vertrages,[2]) der ja in der gemischten Schenkung enthalten ist. Bei der Auflage fehlt ein Versprechensaustausch, und hierin liegt eben das Merkmal, welches die Schenkung unter einer Auflage von der gemischten Schenkung unterscheidet.[3])

---

[1]) Motive zum B. G. B., Bd. 2 § 448 S. 299; Dernburg, B. G. B., Bd. 2 § 210 S. 135; Endemann, a. a. O. Bd. 1 § 164. S. 742; Matthias, B. G. B. Bd. 1 § 112 S. 475; Stolte, a. a. O., S. 105.

[2]) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse. S. 85 ff.

[3]) Nicht aus einander gehalten sind dio gemischte und die modale Schenkung in den Entscheidungen in Seuffert's Archiv. Bd. 18 No. 136 und Bd. 26 No. 131. Ein anderes Unterscheidungsmerkmal stellt Lammfromm, a. a. O. S. 138 f., von seiner weiter unten (S. 68) zu besprechendon Theorie ausgehend, fest.

II. Die rechtliche Behandlung der gemischten Schenkung.

Der Grundsatz.

§ 4.

Im Vorangegangenen haben wir den Begriff der gemischten Schenkung als einer Verbindung von Kauf und Schenkung in demselben Rechtsgeschäfte festgestellt. Nunmehr ist zu erörtern, welche rechtliche Behandlung dieser eigenartige Vertragstypus erleidet.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält sich einer ausdrücklichen Vorschrift über die gemischte Schenkung. Beim Fehlen einer positiven Bestimmung, sagen wir einmal de lege ferenda betrachtet, lassen sich für die rechtliche Behandlung drei Möglichkeiten denken, welche auch tatsächlich für die verschiedenen Rechtssysteme verteidigt worden sind.[1]) Man kann einmal das Schwergewicht darauf legen, dass sich die gemischte Schenkung äusserlich als ein Kauf zu einem hinter dem angenommenen Werte der Sache zurückbleibenden oder zu einem über diesen angenommenen Wert hinausgehenden Preise darstellt, und ohne Rücksicht auf die in dem Geschäfte enthaltene Schenkung die Regeln des Kaufs schlechthin für das ganze Geschäft zur Anwendung bringen. Oder man sieht im einzelnen Falle zu, welcher der beiden Bestandteile nach der Absicht der Parteien der Hauptbestandteil ist, ob die Absicht, einen Umsatzvertrag zu schliessen oder eine Freigebigkeit zu bezeigen, das zum Geschäftsschlusse bestimmende Moment gewesen, indem man hierfür etwa das Verhältnis des geschenkten zum umgesetzten Wertbetrage der Leistung als Masstab nimmt, und unterwirft dann das ganze Geschäft als einheitliches den für den überwiegenden Geschäftsbestandteil geltenden Rechtssätzen, also gegebenenfalls auch

[1]) Vgl. R. O. H. G. Bd. 17 S. 14 Anmerkg.

den Normen über die Schenkung. Endlich ist denkbar, dass man das Geschäft für die rechtliche Behandlung in seine Bestandteile, Kauf und Schenkung, zerlegt, und es, soweit der geschenkte Wertbetrag in Frage steht, den Schenkung-grundsätzen, im übrigen den Vorschriften über den Kauf unterstellt. Diese Behandlungsweise hat zur Voraussetzung, dass eine Trennung des entgeltlichen Geschäftsteils von dem unentgeltlichen sich ermöglichen lässt. Dies ist bei der Verbindung von Umsatzvertrag und Schenkung stets der Fall.

Es kommt nun darauf an, festzustellen, welche der eben erörterten denkbaren Behandlungsweisen der gemischten Schenkung dem geltenden Rechte entspricht. Da sich das Bürgerliche Gesetzbuch hierüber nicht ausspricht so ist bei dem Mangel einer ausdrücklichen Vorschrift der für die rechtliche Behandlung der gemischten Schenkung massgebende Grundsatz aus dem Geiste und dem Zusammenhange seiner Bestimmungen zu entnehmen. Für die Gewinnung eines brauchbaren Ergebnisses wird es förderlich sein, in einem kurzen Überblicke die Stellung zu kennzeichnen, welche die hauptsächlichsten, bisher in Deutschland in Geltung gewesenen Rechte zu der beregten Frage der grundsätzlichen Behandlung gemischter Schenkungen eingenommen haben.

Die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts legte das Schwergewicht darauf, dass die gemischte Schenkung zwei heterogene Geschäfte in sich vereinigt, die eine Sonderung zulassen[1]). Sie nimmt, gestützt auf l 5 § 2 D. 24, 1[2]) und l. 38 D. 18, 1[3]) grundsätzlich diese Trennung für die rechtliche

[1]) Vgl. Köppen, S. 52.

[2]) Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum: Generaliter tenendum est, quod inter ipsos (sc. virum et uxorem) aut qui ad eos pertinent aut per interpositas personas donationis causa agatur, non valere: quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, si separari non potest nec donationem impediri, si separari possit, cetera valere, id quod donatum sit non valere.

[3]) Ulpianus libro septimo disputationum: Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet; totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est.

Behandlung vor und unterwirft jedes Geschäft in Ansehung des auf dasselbe entfallenden Wertes der Leistung seinen besonderen Regeln.[1]) Eine abweichende, sonst nirgends geteilte Meinung vertreten nur Schilling[2]) und ihm folgend das Oberappellationsgericht Rostock.[3]) Sie wollen bei einer Verbindung von lästigem Vertrag und Schenkung zwischen Personen, unter denen kein Schenkungsverbot besteht, das **ganze** Geschäft nach den Regeln des lästigen Vertrags beurteilt wissen. Auf die quellenmässige Unbegründetheit dieser Ansicht einzugehen, ist hier nicht der Ort.[4]) Zu ihrer Widerlegung möge es genügen, auf die praktisch überaus bedenklichen Ergebnisse hinzuweisen, zu welchen sie führt. Wenn Schillings Meinung richtig wäre, so würde sich den Parteien ein überaus bequemer Weg zur Umgehung der im gemeinen Rechte bestehenden Schenkungsbeschränkungen eröffnen. Die Verbindung eines, wenn auch noch so unbedeutenden, aber ernstgemeinten Kaufs mit der beabsichtigten Schenkung würde genügen, die Anwendung der für diese gegebenen Sonderbestimmungen ausser Kraft zu setzen.

Der herrschenden Auffassung des gemeinen Rechts folgt die Rechtslehre und Rechtsprechung für das preussische Allgemeine Landrecht, welches ebensowenig wie das Bürgerliche Gesetzbuch für die gemischte Schenkung eine besondere Bestimmung trifft. Auf demselben Boden steht das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch,[5]) welches das gemischte Geschäft ausdrücklich in § 935 erwähnt.[6])

---

[1]) Sawigny, System IV. § 154 S. 99 ff; Bremer in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 13 S. 118 ff, 121; Meyerfeld Schenkg. S. 311 No. 7; Seuffert's Archiv 6. Nr. 38; 19 Nr. 136; Koeppen, S. 34. 52. Bekker, Pand. II S. 201.

[2]) a. a. O. S. 788. 789.

[3]) Seuffert's Archiv, Bd. 28 no. 223.

[4]) Hierüber ausführlich Köppen, S. 48 ff.

[5]) Unger, § 99 S. 219.

[6]) § 935 bestimmt: „Dieses Rechtsmittel (nämlich das Recht, beim Vorliegen von caesia enormis Aufhebung des Vertrags zu fordern) findet nicht statt, wenn jemand, obgleich ihm der wahre Wert der Sache bekannt war, sich dennoch zu dem unverhältnismässigen Werte verstanden hat; ferner wenn aus dem Verhältnisse der Personen zu vermuten ist, dass sie einen entgeldlichen und unentgeldlichen, vermischten Vertrag schliessen wollen."

Einen abweichenden Standpunkt vertritt der Code civil.[1]) Er kennt das Institut der donation onéreuse,[2]) in welchem er die Begriffe der modalen Schenkung und des negotium mixtum cum donatione vereinigt. Nach französischem Rechte ist nach dem Überwiegen der einen oder der anderen Parteiabsicht je nach Lage des Einzelfalls das ganze Geschäft bald als Kauf, bald als belastete Schenkung aufzufassen und im letzteren Falle den Schenkungsregeln zu unterwerfen.[3])

Dagegen teilen das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch § 1052[4]) und der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern im Artikel 935) (im Hauptstück „von den Rechtsgeschäften" 6. Abteilung) die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts.

Zu diesem von den meisten Gesetzgebungen vertretenen Ergebnisse wird man auch für das Bürgerliche Gesetzbuch auf Grund allgemeiner Erwägungen gelangen müssen. Das Bürgerliche Gesetzbuch wird von dem Grundsatze der Vertragsfreiheit beherrscht. Die Parteien sind beim Abschlusse ihrer Geschäfte nicht an gewisse vom Gesetze geregelte Typen gebunden, sondern sie können Inhalt und Form der Verträge, abgesehen von wenigen zwingenden Rechtssätzen, frei gestalten.[6]) Das Gesetz kann aber unmöglich für alle im Verkehrsleben erdenklichen Arten von Geschäften eingehende Regeln aufstellen. Es muss sich damit begnügen, einzelne

---

[1]) Vgl Zachariae—Crome, Bd. 4 § 712 S. 404.

[2]) Vgl. C. c. art. 949: „Il est permis au donateur de fare la réserve à son profit, ou de disposer au profit d'un autre, de la jouissance ou de l'usufruit des biens meubles ou immeubles donnés." Siehe auch art. 950. Der Begriff der belasteten Schenkung ist den übrigen hier erwähnten Rechten unbekannt.

[3]) R. O. H. G. Bd. 17 S. 12 ff.

[4]) „Soweit bei zweiseitigen Rechtsgeschäften die Leistung des Einen aus Freigebigkeit geringer bestimmt wird, als es ohnedies der Fall gewesen sein würde, ist eine Schenkung vorhanden." —

[5]) Soweit bei einem entgeltlichen Rechtsgeschäfte, in der Absicht zu schenken, eine den Wert der Gegenleistung übersteigende Leistung zugesagt oder gemacht wurde, ist das Geschäft als Schenkung zu beurteilen.

Die Absicht zu schenken wird vermutet, wenn die Leistung den Wert der Gegenleistung um mehr als die Hälfte übersteigt und sich aus den Umständen ergibt, dass derjenige, welcher zuviel leistet, das Missverhältnis gekannt hat." —

[6]) Endemann, B. G. B. Bd. 1 § 101 S. 427.

häufig wiederkehrende Typen zu normieren. Schliessen nun die Parteien ein Geschäft ab, das keinen reinen Typus, sondern eine Mischung verschiedener Vertragstypen zeigt, so können sie zunächst selbst alle möglichen Folgen des Geschäfts im voraus bestimmen. Verabsäumen sie dies, so müssen im Streitfalle die ergänzenden Vorschriften des Gesetzes zur Anwendung gelangen. Da dies aber keine ausdrückliche Bestimmung über die Verbindung von Kauf und Schenkung in einem einheitlichen Geschäfte enthält, so wird man der Absicht der Parteien am besten gerecht, wenn man die gemischte Schenkung in die in ihr enthaltenen Typen zerlegt und nun auf jeden Geschäftsbestandteil die Vorschriften des betreffenden Vertragstypus anwendet. Eine einseitige rechtliche Behandlung des Geschäfts als Kauf oder als Schenkung würde dem Parteiwillen Zwang antun. Denn die Parteien wollen eben einen mit einer Schenkung verbundenen Kauf, nicht aber einen reinen Kauf oder eine reine Schenkung abschliessen.

Das gewonnene Ergebnis wird durch die Regelung bestätigt, welche das Bürgerliche Gesetzbuch für einen anderen Fall eines gemischten Geschäfts, die Verbindung einer Ausstattung mit einer Schenkung, trifft. Das Gesetz unterscheidet in § 1624 die „den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende," die **angemessene,** und die jenes Mass übersteigende, die **übermässige** Ausstattung. Es stellt nun zwar keine rechtliche Verpflichtung der Eltern zur Gewährung einer angemessenen Ausstattung fest, begründet aber offenbar eine natürliche Verbindlichkeit hierzu [1]) Das folgt daraus, dass es die Gewährung einer angemessenen Ausstattung nicht als Schenkung ansieht und daher z. B. deren Rückforderung auf Grund der §§ 812 ff. ausschliesst.[2]) Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche[3]) sprechen von einer **unvollkommenen** Ausstattungspflicht der Eltern, Planck[4]) von einer sittlichen Verpflichtung, und Endemann[5]) stellt allgemein die sozialen und sittlichen Verpflichtungen,

[1]) Endemann, Bd. 2 § 196 S. 844.
[2]) Derselbe, a. a. O. Bd, 1 § 99 S. 419 Anm. 7.
[3]) Bd. 4 S. 719.
[4]) Vorbemerkg. zu §§ 1620—1625 No. 1.
[5]) a. a. O. Bd. 1 § 164 S. 741 Anm. 15.

welche das Bürgerliche Gesetzbuch anerkennt, als Naturalobligationen hin.[1]) Die Gewährung einer angemessenen Ausstattung muss hiernach als ein **entgeltliches** Geschäft aufgefasst werden. Das Entgelt liegt hier in der Befreiung von der natürlichen Verbindlichkeit. Dass eine solche Befreiung ein ausreichendes Entgelt abgiebt, wird fasst allgemein anerkannt.[2]) Deshalb ist auch die Gewährung einer angemessenen Ausstattung im Konkurse und ausserhalb desselben nicht als unentgeltliche Verfügung anfechtbar.[3]) Die gegenteilige Meinung Planck's[4]), welcher die Gewährung einer angemessenen Ausstattung, entsprechend dem Wortlaute des Gesetzes, zwar nicht als Schenkung auffasst, aber doch eine unentgeltliche Verfügung in ihr sieht, wird der durch das Gesetz begründeten natürlichen Verbindlichkeit zur Gewährung der angemessenen Ausstattung nicht gerecht.

Gewährt der Vater seinem Kinde eine übermässige Ausstattung, so haben wir die Verbindung eines entgeltlichen mit einem unentgeltlichen Geschäfte. Entgeltlich ist die Ausstattung, soweit sie den Vermögensverhältnissen des Vaters entspricht; soweit sie dieses Mass übersteigt, gilt sie nach der Vorschrift des Gesetzes als Schenkung. Hierin liegt zugleich ausgesprochen,[5]) dass sie hinsichtlich dieses Betrages allen Sondervorschriften der Schenkung,

---

[1]) Vgl. Stolte, a. a. O. S. 92. Dagegen Cosack, B. G. B. Bd. 1 § 8 No. 5, S. 287.

[2]) Endemann, Bd. 1 § 164 S. 741 Anm. 15 und § 99 S. 419; Cosack, B. G. B. Bd. 1 § 139 S. 491 und Anf. R. S. 150; Stolte, S. 93 f. Dagegen Petersen & Kleinfeller, K. O. S. 136.

[3]) So Sarwey -Bossert, K. O. Anm. 3 zu § 32 S. 168; Jäckel, Anf. R. S. 122; Cosack, Anf. R. S. 150; Jäger, K. O. Note 4 zu § 32; Seuffert, Dt. Konk. Proz. R. S. 204; v. Wilmowsky, K. O. Anm. 3 zu § 25 S. 146; Staudinger, Bd. 4 Anm. 4a zu § 1624; Endemann, Bd. 2 S. 844 Anm. 19; Protokolle zum B. G. B. Bd. 4 S. 323.

[4]) a. a. O. Anm. 3 zu § 1624. Ihm folgt Neumann, Bd. 2 Anm. 3 zu § 1624, S. 905.

[5]) Staudinger, Bd. 4 Anm. 4e. zu § 1624; Planck, Anm. 3 zu § 1624; vgl. Motive Bd. 4 S. 719; Endemann, Bd. 2 § 196 Anm. 19 S. 844; Cosack, Bd. 2 § 314, S. 545.

z. B. über Form und Widerruf, unterliegt, während sie im übrigen den Regeln über die entgeltlichen Verträge folgt.[1])

In diesem vom Gesetze geregelten Einzelfalle eines gemischten Geschäfts finden wir also den Grundsatz ausdrücklich ausgesprochen, dass der entgeltliche Teil von dem unentgeltlichen zu trennen, und jeder seinen besonderen Regeln zu unterwerfen ist. Diese Bestimmung wird analog auf den uns hier beschäftigenden Fall einer Verbindung eines Kaufs mit einer Schenkung ausgedehnt werden dürfen.

Auf diesem Grundsatze der Trennung steht auch für das Bürgerliche Gesetzbuch durchweg, soweit wir es übersehen können, die Wissenschaft.[2]) Die Motive[3]) bemerken: „Als selbstverständlich erscheint insbesondere, dass, wenn bei einem zweiseitigen Vertrage animo donandi eine den Wert der Gegenleistung übersteigende Leistung vereinbart wird, dieser Vertrag, soweit der Wert der Leistung den der Gegenleistung übersteigt, als Schenkung zu beurteilen ist.“ Diese Auffassung wird man wohl als zu weitgehend ablehnen dürfen, insofern sie die Durchführung des Grundsatzes der Trennung für das Bürgerliche Gesetzbuch als „selbstverständlich“ bezeichnet. Dass an sich auch eine abweichende Behandlung der gemischten Schenkung denkbar ist, glauben wir oben dargetan zu haben. Es beweist dies auch das Beispiel des Code civil.[4]) Jedenfalls ist aber in den Motiven die Meinung der Redaktoren des Gesetzes über die rechtliche Behandlung der gemischten Schenkung unzweideutig zum Ausdruck gebracht. Eine abweichende

---

[1]) Dieser Grundsatz ist freilich in Abs. 2 des § 1624 hinsichtlich der Verpflichtung des Ausstattenden zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Fehlers der Sache wieder abgeschwächt. Die Verpflichtung zur Gewährung einer angemessenen Ausstattung ist eben nur eine „unvollkommene“, deshalb würde es unbillig sein, in dieser Hinsicht etwa schlechtweg die strengen Grundsätze des Kaufs Platz greifen zu lassen. —

[2]) Vgl. Planck, § 516 Anm. 6 Bd. 2 S. 283; Oertmann, § 516 No. 8. Neumann, Anm. 4c zu § 516 Bd. 1 S. 240; Staudinger, Einl. zu 2. Tit. 7. Abschn; 2. Bd. S. 260; Endemann, Bd. 1 § 164, S. 743; Cosack, Bd. 1 § 140 S. 502; Dernburg, Bd. 2. 2 S. 135; Kuhlenbeck, Bd. 1 S. 425; Koeppen, a. a. O. S. 69; Enneccerus—Lehmann, § 230 S. 627; Crome, § 256 S. 508.

[3]) Bd. 2 S. 287.

[4]) Vgl. auch Schilling's Lehre oben S. 51.

Auffassung ist weder in den Verhandlungen der zweiten Kommission noch in den Beratungen der gesetzgebenden Körperschaften zu Tage getreten. Die Ansicht der Redaktoren hat nach den obigen Darlegungen auch im Gesetze ihren Ausdruck gefunden.

III. Das Mittel des Kaufs und das Mittel der Schenkung.

§ 5.

Da bei dem gemischten Geschäft die Schenkung von dem Kaufe zu trennen und jeder Geschäftsbestandteil den besonderen für ihn gegebenen Normen zu unterwerfen ist, so wird die Frage von grosser Bedeutung, wie Kauf und Schenkung auf die Leistung des freigebigen Kontrahenten zu verteilen, was als Mittel des Kaufs und was als Mittel der Schenkung anzusehen ist. Diese Frage wird dann keine Schwierigkeiten bereiten, wenn die Gesamtleistung des freigebigen Teils in Geld besteht, also in allen denjenigen Fällen, in welchen der Käufer zugleich als Schenker auftritt. Wenn z. B. A dem B einen Brillantschmuck im Werte von 2000 Mk. für 10000 Mk. abkauft, in der von B acceptierten Absicht, ihn mit dem über den angenommenen Wert des Schmuckes hinausgehenden Überschusse seiner Leistung zu bereichern, so bildet in Wahrheit nur der dem angenommenen Werte entsprechende Betrag von 2000 Mk. den Kaufpreis, nur dieser Teil der Gesamtleistung des A gehört dem Umsatzgeschäfte an, während der überschiessende Betrag von 8000 Mk. den Gegenstand der Schenkung bildet. Mittel des Kaufs und Mittel der Schenkung sind also in den Fällen, in welchen eine Geldleistung des Zuwenders in Frage steht, deutlich von einander zu sondern. Eine Schwierigkeit entsteht erst bei solchen gemischten Schenkungen, bei welchen der freigebige Teil dem anderen einen einheitlichen, nicht in Geld bestehenden Leistungsgegenstand zuwendet, also dann, wenn der Verkäufer als Schenker auftritt; nehmen wir, wie schon oben[1]) geschehen, an, A verkaufe dem B

[1]) Vgl. S. 41.

einen Schmuck im Werte von 10000 Mk. für 2000 Mk., und beide seien darüber einig, dass der Mehrwert des Schmucks dem B unentgeltlich zugewendet werden solle. Dann liegt auf Seiten des die Freigebigkeit Übenden ein einheitlicher, die Zuwendung bildender Leistungsgegenstand vor, der nicht wie im ersten Beispiele, ohne eine Wertverringerung oder gar völlige Entwertung zu erleiden, eine reale Teilung zulässt, welche die Zuweisung des einen Teils an die Schenkung und des anderen Teils an den Kauf als zugehörigen Mittels ermöglichen könnte.

Lammfromm hat deshalb in seiner Schrift „Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag[1]) die Behauptung aufgestellt, auch in diesem Falle sei das Mittel der Schenkung **immer** in dem Preiszahlungsversprechen des Käufers enthalten, jene bestehe notwendig in einem Erlass eines Teiles der Kaufpreisforderung. Er geht von dem Begriffe des Umsatzvertrages[2]) aus. Diesem ist nach seiner Ansicht wesentlich[3]) „die Vorstellung jedes Kontrahenten von einer ihm vorteilhaften objektiven oder subjektiven Verschiedenwertigkeit der auszutauschenden Leistungen." Jeder Kontrahent sucht beim Umsatzgeschäft durch das Mittel seiner Leistung sein Vermögen auf Kosten des Gegenteils zu vermehren, objektiv zu bereichern. Bei der Schenkung sucht umgekehrt der Zuwender durch seine Leistung das Vermögen des andern Teils objektiv zu vermehren, ihn zu bereichern. Während beim Umsatzvertrage die Gabe (bezw. deren Versprechen) Mittel der eigenen Vermögensvermehrung ist, bezweckt sie bei der Schenkung die Bereicherung des anderen Teils. Hieraus folgert Lammfromm, dass logischer Weise beim Zusammentreffen von Umsatzvertrag und Schenkung, bei deren Zusammenfassung in einem einheitlichen Geschäfte, das Mittel der Schenkung und dasjenige des Umsatzvertrags nicht identisch sein könnten. Denn es sei unmöglich, mit derselben Zuwendung sein eigenes Vermögen objektiv zu vermehren und den Gegenkontrahenten objektiv zu bereichern.[4]) Wenn daher Schenkung und Umsatzvertrag in der Weise zu einem Geschäfte

[1]) S. 132 ff.
[2]) a. a. O. S. 54.
[3]) Vgl. oben S. 3 f.
[4]) a. a. O. S. 134.

verschmolzen würden, dass ein einheitlicher Gegenstand unter seinem wahren Wert verkauft würde in der übereinstimmenden Absicht, den Mehrwert dem Käufer unentgeltlich zuzuwenden, so „könne die Identität des den verbundenen Geschäftszwecken dienenden Mittels nur eine scheinbare sein.“[1])

Soweit wird man Lammfromm unbedenklich folgen dürfen. Aber auch wenn man seiner Meinung vom Wesen des Umsatzvertrags nicht beistimmt, sondern im Anschlusse an die Äquivalenztheorie in der Gegenleistung den gleichwertigen Ersatz für die eigene Leistung sieht, so würde auch von diesem Standpunkte aus an dem obigen Ergebnisse nichts geändert werden. Auch hier würde bestehen bleiben, dass man mit derselben Zuwendung, mit deren Hingabe man die Erlangung einer Leistung von **gleichem** wirtschaftlichem Werte von dem Gegenkontrahenten bezwecke, nicht zugleich dessen Vermögen objektiv bereichern könne.

Nun führt Lammfromm weiter aus,[2]) es sei zwar denkbar, dass die versprochene Sache „nur zum Teil Kaufgegenstand, zum anderen Teil aber Mittel einer Schenkung“ sei. Das sei aber in der Regel nicht anzunehmen, da es eine „komplizierte Be- und Umrechnung voraussetze. **Vielmehr sei regelmässig die ganze Sache verkauft.** In diesem Falle aber bezwecke der Verkäufer mit dem Sachleistungsversprechen die Auslösung des Preiszahlungsversprechens, also könne jenes nur als Mittel des Umsatzvertrages angesehen werden. Da nun bei der notwendigen **Verschiedenheit** der Mittel des Umsatzvertrags und der Schenkung das Sachleistungsversprechen als Mittel der Schenkung auszuschalten sei, könne letzteres nur in dem Preiszahlungsversprechen des Käufers enthalten sein, und zwar müsse es in einer Herabsetzung des Preises bestehen. Die Schenkung werde also durch einen „teilweisen Nachlass der Kaufpreisschuld“ gebildet.[3]) Dieser Nachlass habe zur Voraussetzung, dass der Kaufpreis höher bestimmt gewesen sei. Lammfromm konstruiert die gemischte Schenkung also in der Weise, dass die Parteien den Gegenstand in seiner Totalität gegen einen höheren Kaufpreis als den zu zahlenden um-

[1]) Ebenda, S. 134.
[2]) a. a. O. S. 134 f.
[3]) a. a. O. S. 135.

setzen, wobei gleichzeitig der Verkäufer dem Käufer die Differenz zwischen dem angenommenen und dem wirklich zu zahlenden Kaufpreise schenkungsweise erlässt.

Die Lammfromm'sche Beweisführung geht m. E. fehl. Er will beweisen, dass beim negotium mixtum cum donatione die Schenkung **stets**[1]) in einem teilweisen Nachlasse des Kaufpreises bestehen müsse. Zu dem Zwecke geht er von der **unbewiesenen** Voraussetzung aus, dass die Kontrahenten regelmässig die **ganze** Sache als **verkauft** ansehen. Auf diese Weise muss er vermöge des logisch unanfechtbaren Satzes, dass das Mittel der Schenkung und dasjenige des Umsatzvertrages niemals identisch sein können, ohne weiteres zu dem gesuchten Schlusse gelangen, dass die Schenkung in dem Preiszahlungsversprechen zu suchen sei. Denn wenn die **ganze** Sache als verkauft gelten und doch etwas gsschenkt werden soll, so kann die Schenkung nur in einem teilweisen Erlasse des Kaufpreises bestehen. Der logische Fehler der Lammfromm' schen Deduktion liegt darin, dass er das Beweisthema zur Voraussetzung seiner Beweisführung nimmt (probatio per probandum). Die beiden Sätze: „Beim negotium mixtum cum donatione gilt die ganze Sache als verkauft" und „beim negotium mixtum cum donatione liegt die Schenkung in dem Preiszahlungsversprechen des Käufers" bedeuten für die Beweisführung im Grunde dasselbe. Sie stehen in einer derartigen Beziehung zu einander, dass, wenn der eine Satz besteht, der andere vermittels des Grundsatzes von der Unmöglichkeit der Identität der Mittel als Schluss aus ihm folgt. Man muss also jedenfalls, wenn man zu dem zweiten Satze gelangen will, den ersten zuvor beweisen, nicht darf man ihn als unbewiesene Voraussetzung hinstellen. Was Lammfromm bewiesen hat, ist der nach den obigen Ausführungen ganz selbstverständliche Satz, dass, **wenn** beim negotium mixtum cum donatione die **ganze** Sache als **verkauft** anzusehen ist, die Schenkung notwendig in dem Preiszahlungsversprechen des Käufers liegen muss.

Eine logische Notwendigkeit, das Mittel der Schenkung immer in dem Preiszahlungsversprechen des Käufers zu suchen, besteht nicht. Lammfromm widerlegt sich selbst, wenn er zugibt, dass die

[1]) a. a. O. S. 136.

Parteien auch den einheitlichen **Leistungsgegenstand zum Teil** als verkauft, zum Teil als verschenkt ansehen können. Denn wenn auch, wie oben bemerkt, eine reale körperliche Teilung des einheitlichen Gegenstandes nicht in Betracht kommen kann, so lässt sich die Leistung doch stets nach **ideellen** Quoten, nach Bruchteilen zerlegen. Damit ist der Weg zu der Erkenntnis gewiesen, dass auch bei der gemischten Schenkung mit real unteilbarer Leistung des Zuwenders trotz der Einheit des Leistungsgegenstandes **keine Identität** des Mittels der Schenkung und des Mittels des Umsatzvertrages besteht. Der Leistungsgegenstand wird eben **in der Idee** zerlegt, der eine (ideelle) Teil dient dem Umsatzzwecke, der andere dem Schenkungszwecke.[1])

Logisch sind somit bei den gemischten Schenkungen für den Gegenstand der Schenkung **zwei** Möglichkeiten gegeben: Es ist eine Quote (ideeller Teil) des Gegenstandes als schenkungsweise veräussert oder mit Lammfromm ein Teil des Kaufpreises als schenkungsweise erlassen anzusehen. Die Entscheidung darüber, ob das eine oder andere zutrifft, kann jedesmal nur aus der Erforschung der Parteiabsicht gewonnen werden.[2])

Hierbei ergibt sich aber die Schwierigkeit, dass die Parteien in den seltensten Fällen sich darüber ausdrücklich aussprechen werden. Meist wird die gemischte Schenkung vielmehr in der Weise geschlossen, dass nur der hinter dem wahren Werte der Sache zurückbleibende Preis ziffernmässig festgesetzt, und die Einigkeit der Parteien darüber zum Ausdrucke gebracht wird, der „Mehrwert" solle unentgeltlich zugewendet werden. Über den wirklichen Wert des Gegenstandes verschaffen sich die Vertragschliessenden meist gar keine Klarheit. Aber selbst wenn dies geschehen und ein ziffernmässig ausgedrückter höherer Wert, als dem zu zahlenden Preise entspricht, dem Geschäfte zu Grunde gelegt sein sollte, so lässt es m. E. noch keinen Schluss darauf zu, dass der angenommene Wert nunmehr auch wirklich als **Kaufpreis** festgesetzt, und die Differenz zwischen ihm und dem wirklich gezahlten Preise als schenkungsweise erlassen anzusehen ist, m. a. W., dass die

[1]) Vgl. Köppen S. 27.

[2]) So auch Oertmann Anm. 8 zu § 516 S. 236 und anscheinend auch Crome, § 230 S. 508.

ganze Sache als verkauft zu gelten hat. „Ich verkaufe Dir eine Sache **im Werte** von 10 000“ ist doch nicht gleichbedeutend mit: „Ich verkaufe dir eine Sache **für** 10 000“. Die ausdrückliche Bezeichnung des zu Grunde zu legenden höheren Werts hat vielmehr, wie unten näher auszuführen sein wird, nur die Bedeutung eines von den Parteien ausdrücklich bestimmten Massstabes, nach dem das Verhältnis der geschenkten Quote zur umgesetzten abzugrenzen ist.

Da bei dem Abschlusse der gemischten Schenkung selten eine ausdrückliche Äusserung der Parteien darüber vorliegen wird, was sie als geschenkt und was sie als umgesetzt betrachtet wissen wollen, so ist die Frage, die beantwortet werden muss, dahin zu stellen: Welche der beiden für das Mittel der Schenkung gegebenen Möglichkeiten entspricht dem regelmässigen, dem typischen Parteiwillen? Die Antwort muss m. E. dahin lauten, dass im Zweifel, d. h. sofern nicht besondere Umstände diese Annahme ausschliessen, **eine Quote des Gegenstandes** als verschenkt anzusehen ist. Auf diesem von Lammfromm bekämpften Standpunkte steht auch die Mehrzahl der Schriftsteller.[1])

Zwar scheint mir der Einwurf, den sich Lammfromm selbst gegen die Richtigkeit seiner entgegengesetzten Lehre macht, nicht stichhaltig. Er meint[2]) nämlich, wenn die Parteien den Betrag des eigentlichen Kaufpreises nicht ausdrücklich oder stillschweigend festgesezt hätten, so käme man in das Dilemna, entweder den Kauf wegen mangelnder Bestimmtheit des Preises für ungültig zu erklären, womit auch die Schenkung hinfällig würde, oder durch Einsetzung des gemeinen objektiven Werts an Stelle des vereinbarten Kaufpreises „im Wege wohlwollender Auslegung der mangelnden Bestimmtheit des letzteren nachzuhelfen“. Diese Schwierigkeit ist m. E. nur eine scheinbare. Denn das Erfordernis des pretium certum wird nicht dahin verstanden, dass der Preis von den Kontrahenten ziffernmässig bestimmt sein müsse; es ge-

---

[1]) Vgl. Savigny, a. a. O. S. 99. 103; Lotmar a, a. O. S. 59 f.; Bremer, a, a. O. S. 118; Bechmann, a. a. O. S. 150; Bekker, S. 201 f; Stolte, S. 112: Köppen S. 26; Vgl. auch R. O. H. G. 17 S. 13 und die bei Lammfromm a. a. O. S. 137 Citierten. Für Lammfromm: Dernburg. Bürg. R. II. 2. S. 138.

[2]) a. a. O. S. 136.

nügt, dass er bestimmbar ist,[1]) sofern nur erhellt, dass der Kauf überhaupt zum Abschlusse gekommen und nicht im Stadium blosser Vorverhandlungen liegen geblieben ist. Haben die Parteien den Preis nicht selbst genau festgesetzt, so gilt der angemessene Kaufpreis als vereinbart.[2])

Bei näherem Zusehen ergibt sich jedoch, dass die Lammfromm'sche Voraussetzung garnicht zutrifft. Bei der gemischten Schenkung wird es niemals an einem fest bestimmten Preise fehlen. Zu der Annahme eines fehlenden pretium certum kommt Lammfromm von seiner — unbewiesenen — Voraussetzung aus, dass die Parteien den ganzen Gegenstand als verkauft ansehen. Nach meinem Dafürhalten muss die Tatsache, dass als Entgelt für die Leistung des Zuwenders eine feste, hinter dem (angenommenen) Werte zurückbleibende Summe vereinbart wird, umgekehrt zu dem Schlusse zwingen, dass die Parteien den Gegenstand nicht in seiner Totalität als umgesetzt, sondern ihn nur zum Teil als verkauft, zum Teil als verschenkt betrachten. Diese Konstruktion entspricht m. E. weit mehr als Lammfromm's Lehre der Sachlage, wonach die Parteien den Gegenstand **für den bestimmten niedrigeren Preis zu verkaufen** erklären, also damit doch zu erkennen geben, dass nur jene hinter dem wahren Werte zurückbleibende Summe den Kaufpreis bilden soll, sie steht mehr im Einklange mit der Auffassung des Verkehrs, nach welcher bei einem gemischten Geschäfte, einem „Freundschaftskaufe" oder „brüderlichen Kaufe", die Sache „halbverschenkt" wird. Wenn der Verkäufer, um bei unserem oben gebildeten Beispiele zu bleiben, sagt: „Ich **verkaufe** Dir diesen Schmuck, der weit mehr (z. B. 10000) wert ist, für 2000, den Mehrwert wende ich Dir unentgeltlich zu," so bringt er doch damit deutlich zum Ausdruck, dass er aus dem in dem Geschäfte steckenden **Kaufe** keine höhere Forderung als 2000 erlangen will. Wenn er aber nur eine Kaufpreisforderung von 2000 erwerben will, so hat er aus dem ganzen Geschäfte überhaupt keine Forderung erhalten, von der er 8000 schenkungsweise erlassen

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 94 S. 256 f.; Cosack, B. G. B. Bd. 1 § 121 S. 400.

[2]) Stölzel, Schulung, Bd. 1 S. 125.

könnte. Die Lammfromm'sche Anschauung entspringt einer juristischen Konstruktion, die dem Parteiwillen nicht gerecht wird.

Auch noch andere Erwägungen sprechen gegen sie. Nach Lammfromm besteht, vom **wirtschaftlichen** Standpunkte betrachtet, die Schenkung immer in **Geld,** denn sie ist eine erlassene Kaufpreisforderung, also eine **Geld**forderung.[1]) Ob der Schenker einen Teil seiner Preisforderung erlässt oder von dem zunächst in voller (dem angenommenen Werte entsprechender) Höhe berichtigten Kaufpreise eine Summe an den Käufer bar zurückzahlt, macht für den Gegenstand seiner Leistung keinen Unterschied, wenn man ihn von ökonomischen Gesichtspunkten aus bestimmt. Damit gerät man jedoch in Widerspruch mit der Auffassung des Verkehrs. Was der Zuwender schenken will, ist, wie schon berührt, die Sache, nicht Geld. Der Vorschlag zum Kaufe wird meist entstehen, wenn der zu verschenkende Gegenstand dem Zuwender zu kostbar dünkt, um ihn ganz ohne Gegenleistung aus seinem Vermögen aufzugeben. Mit Recht weist Köppen[2]) auch auf die Schwierigkeiten hin, in welche die Lammfromm'sche Theorie gerät, wenn sich mit einem **Tauschgeschäfte** eine Schenkung verbindet. Hier besteht keine der beiden Leistungen in Geld, und die Parteien würden wahrscheinlich sehr überrascht sein, wenn ihnen Lammfromm nach doppelter Einsetzung des verkehrsmässigen Wertes für die beiderseitigen Leistungen erklären würde, der freigebige Teil hätte dem Empfänger X Mark geschenkt. Hier kann man auf den Gedanken, dass ein Geldgeschenk beabsichtigt sei, gar nicht kommen.

Bei der gemischten Schenkung ist also eine Quote des Leistungsgegenstandes des freigebigen Teils als schenkungsweise zugewendet zu betrachten. Zwar können die Parteien auch dahin übereinkommen, dass der ganze Gegenstand als umgesetzt, und ein Teil des dem angenommenen Werte entsprechenden Kaufpreises als schenkungsweise erlassen gelten soll. Dies ist jedoch im Zweifel nicht anzunehmen. Vielmehr bedarf es der Darlegung besonderer Umstände, welche den Schluss auf eine solche Parteiabsicht rechtfertigen.

---

[1]) S. Stolte, S. 112; Köppen, S. 28.

[2]) a. a. O. S. 28 f.

Die Lammfromm'sche und die hier vertretene Auffassung von dem Gegenstande der Schenkung müssen zu tiefgreifenden Verschiedenheiten in den Einzelergebnissen bei der rechtlichen Behandlung des gemischten Geschäfts führen. Das Nähere ist im besonderen Teile darzulegen. Hier ist nur folgendes hervorzuheben:

Vom Standpunkte der Lammfromm'schen Theorie aus ist die Schenkung in ihrem Bestande notwendig abhängig von der Existenz des Kaufs; dieser erscheint als das Hauptgeschäft, jene als das Nebengeschäft,[1]) im Verhältnisse beider zu einander betrachtet. Wenn der Kauf von vornherein ungültig ist oder nachträglich, z. B. infolge von Anfechtung oder Wandlung, unwirksam wird, so fällt der Kaufpreis, also das Mittel der Schenkung, und damit diese selbst, fort.[2]) Umgekehrt wird der Kauf durch den Hinfall der Schenkung, z. B. wegen Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form, nicht berührt, da ja nach Lammfromm's Anschauungen die Parteiabsicht zunächst auf den Abschluss des Umsatzvertrags gerichtet ist, der zu einem dem angenommenen höheren Werte entsprechenden Preise zu stande kommt, der Schenkungsgedanke nur gelegentlich und nebenher auftaucht. Beim Fortfalle der Schenkung ist dann der höhere Kaufpreis zu entrichten.

Im Sinne der herrschenden Meinung erscheinen Kauf und Schenkung nicht als Hauptgeschäft und angeschlossenes Nebengeschäft, sondern sie sind gleichwertige Bestandteile des einheitlichen gemischten Geschäfts. Ist der eine Bestandteil von vornherein nichtig, z. B. die Schenkung in Ermangelung der vorgeschriebenen Form, oder wird er später infolge einer Anfechtung unwirksam, so ist nach der Auslegungsregel der §§ 139, 142 B. G. B. das ganze Rechtsgeschäft nichtig,[3]) mithin wird auch der Kauf hinfällig. Ist jedoch anzunehmen, dass der Kauf auch ohne die Schenkung vorgenommen sein würde, so muss er zu dem Preise aufrecht erhalten werden, welcher dem zu Grunde zu legenden höheren Werte der Sache entspricht. Den Umstand, dass der an sich gültige Geschäftsteil auch ohne den nichtigen geschlossen worden wäre, hat derjenige

[1]) Lammfromm, a. a. O. S. 136.

[2]) Ebenda, S. 151.

[3]) Vgl. Planck, Anm. zu § 139 und Anm. 2 zu § 142; Enneccerus—Lehmann, § 256 S. 627; Crome § 230 S. 511 Anm. 62.

Vertragsteil zu behaupten und zu beweisen, welcher sich auf die Gültigkeit beruft.

Wie ist nun das Verhältnis der verschenkten zu der verkauften Quote zu ermitteln? Auszugehen ist zunächst von dem Werte, welchen die **Parteien** der Totalleistung beilegen. Mit Unrecht will Planck[1]) ohne weiteres den **objektiven** Wert entscheiden lassen und eine Schenkung stets insoweit als vorliegend erachten, „als der Wert der Leistung den der Gegenleistung übersteigt."

Diese Ansicht übersieht, dass wegen des in der gemischten Schenkung enthaltenen Kaufs niemals der objektive Wert, sondern immer nur die subjektive Vorstellung der Parteien von dem Wertverhältnisse der beiden Leistungen entscheiden kann, dass also der Beschenkte die Möglichkeit hat, neben der Schenkung auch noch einen vorteilhaften Kauf zu machen. Planck's Ansicht würde häufig zu einer unrichtigen Abgrenzung des auf die Schenkung und des auf den Kauf entfallenden Anteils und im letzten Ende dazu führen, jeden Kauf, bei welchem sich die beiderseitigen Leistungen nicht in ihrem objektiven Werte entsprächen, für ein negotium mixtum cum donatione zu erklären[2]). Erst wenn die Parteien einen Wert für die Totalleistung des Veräusserers nicht bestimmt haben, ist ihr verkehrsmässiger Wert einzusetzen, und danach das Verhältnis des geschenkten und des verkauften Anteils zu bestimmen. So ist in unserem Beispiele der Schmuck zu $^1/_5$ als verkauft, zu $^4/_5$ als verschenkt anzusehen. Wäre er nicht, wie die Parteien annehmen, 10000, sondern in Wirklichkeit 14000 wert, so würde dadurch das Verhältnis nicht geändert, während nach Planck's Ansicht sich nunmehr die verkaufte Quote zur geschenkten wre 1:6 verhalten müsste.

[1]) a. a. O. S. 516 Anm. 6 Bd. 2 S. 283.

[2]) Vgl. Oertmann, Anm. 8 zu § 516; Staudinger, Bd. 2 S. 260; Köppen, S. 69; Sarwey—Bossert, K. O. Anm. 3 zu § 32 S. 168; Crome § 230 S. 508 Anm. 43.

B. Besonderer Teil.

I. Die Formvorschrift.

§ 6.

Schenkungen unterliegen vielfach besonderen, von der für die entgeltlichen Verträge getroffenen Normierung abweichenden Vorschriften, z. B. hinsichtlich der Form, der Stempelpflichtigkeit, der Anfechtung innerhalb und ausserhalb des Konkurses u. a. m. Im folgenden ist nun der Einfluss zu erörtern, welchen die für die Schenkung gegebenen Sonderregeln auf die Gestaltung der gemischten Schenkung als eines einheitlichen Geschäfts ausüben. Es ist zu untersuchen, wie das im allgemeinen Teile entwickelte Prinzip der Trennung des Kaufs von der Schenkung in der rechtlichen Behandlung im einzelnen, eben mit Beziehung auf die angedeuteten Sondervorschrifen der Schenkung, durchzuführen ist.

Was zunächst die Form des Geschäfts anbelangt, so bestimmt § 518 B. G. B.:

> „Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung[1]) des Versprechens erforderlich."

Hiernach ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, anders als im gemeinen Rechte, die Schenkung als solche nicht formbedürftig, die schenkungsweise erfolgende Zuwendung erfordert nicht schon

[1]) Wenn im folgenden von „Beurkundung" die Rede ist, ist immer „gerichtliche oder notarielle" gemeint.

deshalb, weil sie schenkungsweise erfolgt, eine besondere Form.[1]) Nur das obligatorische Versprechen, eine Zuwendung schenkweise machen zu wollen, ist zu seiner Gültigkeit an die Beurkundung geknüpft, bei sofortiger Bewirkung der Zuwendung ist die Schenkung formfrei, auch wird beim Schenkungsversprechen der Mangel der Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt.

So lange nun die aus der gemischten Schenkung geschuldeten Leistungen noch nicht gemacht sind, das Geschäft sich also noch im obligatorischen Stadium befindet, liegt für die juristische Betrachtungsweise zweierlei vor: ein Kaufvertrag und mit ihm verbunden ein Schenkungs**versprechen.** Während der erstere an sich formlos abgeschlossen werden kann, bedarf das letztere, wie eben erörtert, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Aus dem Grundsatze der Trennung ergibt sich, dass nicht etwa das Schenkungsversprechen wegen seiner Verbindung mit einem an sich formlosen Kaufvertrage gleichfalls formfrei abgeschlossen werden könnte, oder dass umgekehrt der Kaufvertrag wegen seiner Verbindung mit einem formbedürftigen Geschäfte nunmehr dieser Form unterläge. Vielmehr ist grundsätzlich daran festzuhalten, dass nur das in dem Geschäfte steckende Schenkungsversprechen der Beurkundung bedarf.[2]) Das wird in der praktischen Durchführung dann keine Schwierigkeiten bereiten, wenn der Käufer als Schenker auftritt, die Schenkung also in dem Versprechen der Zahlung eines über den angenommenen Wert der Sache hinausgehenden Preises besteht. Dann ist das Versprechen der Zahlung der überschiessenden Geldsumme zu beurkunden.[3]) Ist dagegen der Veräusserer der freigebige Teil, und besteht die Schenkung in einer Quote des einheitlichen Leistungsgegenstandes, so wird es fraglich, ob sich dann praktisch eine Trennung des Schenkungsversprechens von dem Kaufvertrage noch durchführen, und eine Beurkundung des einen Geschäftsbestandteils ohne gleichzeitige Mitbeurkundung des anderen ermöglichen lässt.

---

[1]) Planck, Bd. 2 Anm. 4 zu § 518 S. 285.

[2]) Vgl. die oben S. 62 Anm. 1 Citierten, insbesondere Dernburg, B. G. B. Bd. II. 2 § 210 S. 135 und Eccius, Bd. 2 § 122 S. 29.

[3]) So auch Köppen, a. a. O. S. 71.

Diese Frage ist m. E. zu bejahen. Freilich wird sich bei der Beurkundung des Schenkungsversprechens eine **Erwähnung** des Kaufs nicht vermeiden lassen, wenn anders die Beurkundung nicht unverständlich werden soll. Aber dann liegt immer nur eine zur Verdeutlichung der Erklärung geschehene Erwähnung, keine Beurkundung des Kaufs vor. Eine solche würde ja auch gemäss §§ 168, 177 F. G. G. (vgl. § 126 Abs. 2 B. G. B.) die Mitwirkung beider Parteien voraussetzen. Der Beurkundung der gemischten Schenkung dürfte etwa die Fassung zu geben sein, dass die von dem Schenker und dem Richter (oder Notar) zu unterschreibende Erklärung des ersteren[1]) aufgenommen wird, er wende den über den vereinbarten Kaufpreis hinausgehenden Mehrwert des Leistungsgegenstandes dem Käufer unentgeltlich zu. In unserem Beispiele würde demnach etwa folgende Erklärung des A zu beurkunden sein: „Ich verspreche, den Mehrwert des Brillantschmucks im Werte von 10000, den ich an B für 2000 verkauft habe, ihm unentgeltlich zuzuwenden."

Koeppen[2]) will in dem eben erörterten Falle das „ganze Sachleistungs**versprechen,** so wie es abgegeben ist", der Beurkundung unterwerfen. Dieses ist dahin gemacht, dass der freigebige Teil sich verpflichtet, gegen Zahlung des bestimmten, unter dem angenommenen Werte bemessenen Kaufpreises den ganzen Leistungsgegenstand an den Empfänger zu liefern. Die Beurkundung in dieser Fassung würde auch den in dem Geschäfte enthaltenen **Kauf** mitbetreffen, als solche aber unwirksam sein, da sie nicht von **beiden** Parteien ausgeht. Damit würde aber m. E. die ganze Beurkundung hinfällig.[3])

---

[1]) Die Annahme des Schenkungsversprechens bedarf nicht der Beurkundung.

[2]) a. a. O. S. 72.

[3]) § 117 Abs. 2 B. G. B., der für die verdeckten Rechtsgeschäfte die Anwendung der für das wirklich beabsichtigte Rechtsgeschäft gegebenen Regeln vorschreibt, findet keine Anwendung, da eben kein dissimuliertes, sondern ein eigenartiges gemischtes Geschäft vorliegt. Köppen drückt sich nicht klar aus. Er meint an derselben Stelle, das ganze negotium mixtum müsste beurkundet werden, womit, da ein Vertrag in Frage steht, die Mitwirkung beider Teile gegeben wäre. Dann würde sich die Beurkundungsfassung mit der von Oertmann erwähnten (f. unten S. 103 ff.) decken.

Neben der eben erörterten Fassung ist noch ein anderer Weg denkbar, das in dem negotium mixtum cum donatione enthaltene Schenkungsversprechen zu beurkunden, auf welchen Oertmann hinweist.[1]) Er erklärt, die Beurkundung des Kaufs für ausreichend.

Auszugehen ist davon, dass aus der Beurkundung des Schenkungsversprechens die Schenkungsabsicht nicht zu erhellen braucht. Der Zweck der Formvorschrift ist nach den Motiven[2]) hauptsächlich der, den Schenker vor Übereilung zu bewahren. Dies wird schon dadurch erzielt, dass dem Schenker durch das Erfordernis der Beurkundung des von ihm abzugebenden Versprechens der Ernst der Sachlage und die nun eintretende Bindung an das Versprechen zum Bewusstsein gebracht wird. Der Zweck des Gesetzes würde nicht in höherem Grade dadurch erreicht, dass man die Klarlegung der Schenkungsabsicht erheischte.[3])[4]) - Das Gegenteil der hier vertretenen Ansicht folgt nicht etwa aus dem Wortlaute des § 518 Abs. 1 Satz 1, welcher zur Gültigkeit des Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, die (gerichtliche oder notarielle) Beurkundung des **Versprechens** (nämlich der Leistung) für erforderlich erklärt. Der „Vertrag, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird", kann und tritt auch erfahrungsgemäss häufig im Verkehrsleben in der Form einer Einkleidung in einen entgeltlichen Vertrag, auf. Bestätigt wird unsere Auffassung durch den Satz 2 des § 518 Abs. 1, welcher auch für die schenkungsweise Erteilung eines selbständigen (abstrakten § 780 B. G. B.) Schuldversprechens die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorschreibt. Das abstrakte Schuldversprechen enthält regelmässig die Angabe des Schuldgrundes nicht, wird also auch im Falle der schenkungsweisen Erteilung die causa donandi nicht bezeichnen.

---

[1]) Komm. Anm. 4 zu § 418 S. 238.

[2]) Bei Mugdan, Gesamte Materialien, II S. 162. Amtl. Ausg. 2 S. 293.

[3]) Die Protokolle, (bei Mugdan, Bd. 2 S. 742) bezeichnen die Auffassung, dass ein Schenkungsversprechen im Sinne des § 440[1] Entw. (§ 518 des Gesetzes) nur ein solches sei, welches sich selbst als Schenkungsversprechen bezeichne, „mindestens als bedenklich."

[4]) Vgl. R. G. Bd. 15 S. 294.

Für die Fälle der **verdeckten** Schenkung hat das Reichsgericht[1]) für das Allgemeine Landrecht, das (nach der Auslegung des § 1063 I. 11 durch die Rechtsprechung) die gleiche Formvorschrift[2]) wie § 518 des B. G. B. enthielt, die Beurkundung des simulierten Geschäfts für ausreichend erklärt.

Ähnlich liegt das Sachverhältnis bei der gemischten Schenkung. Zwar kann man hier nicht sagen, die Schenkung sei „in einen gegenseitigen Vertrag eingekleidet", in ihm „verhüllt";[3]) das passt nur auf die verdeckte Schenkung. Die der gemischten Schenkung eigentümliche Einigung der Parteien über die unentgeltliche Zuwendung des Mehrwertes fällt immer aus dem Rahmen eines reinen gegenseitigen Vertrages heraus. Wenn aber die gemischte Schenkung dahin beurkundet wird, dass der Schenker die Erklärung abgibt, er verkaufe dem Gegenkontrahenten den einheitlichen Leistungsgegenstand für den vereinbarten, hinter dem Werte zurückbleibenden Preis, und der Gegenkontrahent diese Erklärung annimmt, so ist hiermit die Verpflichtung des Zuwenders, den **ganzen** Gegenstand für den niedrigeren Preis zu liefern, gültig beurkundet. In der Beurkundung dieses Versprechens der Lieferung des **ganzen** Gegenstandes für den vereinbarten niedrigeren Kaufpreis ist aber, da die Parteien in der übereinstimmenden Absicht, gleichzeitig eine Schenkung abzuschliessen, einen höheren als den dem Kaufpreise entsprechenden Wert zu Grunde legen, das Versprechen der **unentgeltlichen** Überlassung des jenen Minderpreis übersteigenden Mehrwerts mitenthalten. Dass die Überlassung des Mehrwerts in Schenkungsabsicht erfolgt, braucht aus der Urkunde nicht zu erhellen.

Wird die Beurkundung des in dem negotium mixtum cum donatione enthaltenen Schenkungsversprechens verabsäumt, so ist zunächst dieses gemäss § 518 B. G. B. ungültig. Dass dann aber

[1]) Entscheid. Bd. 15 S. 293. Ebenso Strieth. Arch. 97 S. 45 ff. Vergl. ferner R. G. Bd. 22 No. 39 S. 191 und Foerster–Eccius, Bd. 2 § 122 S. 16 Anm. 78.

[2]) Foerster—Eccius, 6. Aufl., Bd. 2 S. 16.

[3]) So Oertmann, a. a. O. S. 238.

unter Anwendung von § 139 B. G. B. in der Regel das ganze gemischte Geschäft hinfällig wird, darüber ist schon oben gesprochen.[1])

Besteht bei dem gemischten Geschäfte nach der aus den Umständen zu entnehmenden Parteiabsicht die Schenkung in einem teilweisen Erlasse der Kaufpreisschuld, so kommt kein Schenkungs**versprechen** mehr in Frage, sondern die Schenkung ist bereits vollzogen. Denn der schenkweise Erlass einer Forderung ist bereits die „Bewirkung der Leistung."[2]) Es wäre dann für die Schenkung und somit überhaupt für das ganze Geschäft keine Form erforderlich. Dernburg[3]) und Koeppen[4]) verlangen aber auch hier eine Beurkundung, indem sie von der Annahme des Erlass**versprechens** ausgehen. Lammfromm selbst nimmt einen Erlass, kein Erlassversprechen an. Das scheint mir auch die natürliche und richtige Konstruktion, denn mit dem Augenblicke des Abschlusses des gemischten Geschäfts ist die Kaufpreisforderung des Veräusserers entstanden, in diesem Augenblicke kann sie daher auch der Gläubiger sofort wieder zum Erlöschen bringen, indem er mit dem Schuldner einen auf diesen Teil bezüglichen Erlassvertrag abschliesst. Welche Veranlassung hätten auch die Parteien, den Erlass bis zu einem späteren Zeitpunkte, etwa der Übergabe des Leistungsgegenstandes, hinauszuschieben?[5])

[1]) Vgl. oben S. 91.

[2]) Protokolle bei Mugdan, Bd. 2 S. 746; Motive Bd. 2 S. 294; Dernburg, Bd. 2 § 206 S. 123; Endemann, Bd. 1 § 164 S. 738 Anm. 3 und Text S. 739 No. 3; Cosack, B. G. B. Bd. 1 § 139 S. 495; Oertmann, Anm. 36 zu § 518; Neumann, Anm. 4 zu § 518.

[3]) B. G. B. Bd. II. 2 § 210 S. 135.

[4]) a. a. O. S. 71.

[5]) Oertmann, (Anm. 3b zu § 518) regt die Frage an, ob nicht auch das Erlassversprechen (pactum de non petendo) nach Analogie des Erlasses formlos abgeschlossen werden könne. Das ist m. E. zu verneinen. Für einen Analogieschluss scheint mir kein Raum vorhanden. Bei dem Erlasse handelt es sich bereits um Aufgabe eines Vermögenswertes, bei dem Erlassversprechen dagegen erst um das Eingehen einer Verpflichtung zu einer solchen Aufgabe. Es liegt in der Natur der Sache, dass sich jemand zur Abgabe eines solchen Versprechens leichter bewegen lässt, weil ja damit noch keine unmittelbare, sichtbare Vermögenseinbusse verbunden ist. Der für die Schaffung der Formvorschrift massgebend gewesene Grund — Verhütung von Übereilungen — liegt deshalb hier vor und spricht für die Anwendung der Formvorschrift.

II. Verstempelung der gemischten Schenkung.

§ 7.

Die Grundlage der Stempelpflichtigkeit eines Rechtsgeschäfts bildet seine Beurkundung (§§ 1, 3 des preuss. Stempelsteuergesetzes). Die Art und Weise ihrer Fassung hat, wie unten zu zeigen sein wird, für das negotium mixtum cum donatione eine besonders wichtige Bedeutung.

Das preussische Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895[1]) bestimmt in der Tarifstelle 56, dass Schenkungen unter Lebenden einer Wertstempelabgabe unterliegen, welche sich nach den Vorschriften der §§ 6—25 des Erbschaftssteuergesetzes vom $\frac{30.\ \text{Mai}\ 1873}{19.\ \text{Mai}\ 1891}$ und dessen Tarif bemisst. Gleichzeitig stellt die Position in Absatz 2 eine eigene Begriffsbestimmung der als Schenkungen zu betrachtenden Geschäfte auf, indem sie anordnet:

> „Als Beurkundungen von Schenkungen sind alle Schriftstücke über solche Geschäfte anzusehen, bei welchen die Absicht auf Bereicherung des einen Teils gerichtet war, auch wenn das Geschäft in der Form eines lästigen Vertrages abgeschlossen ist."

Mag dieser Begriff auch ein anderer sein als der Schenkungsbegriff des Bürgerlichen Rechts,[2]) so fallen m. E. doch die negotia mixta, als **einheitliche** Rechtsgeschäfte betrachtet, nicht unter ihn, so dass sie etwa stets, ohne Rücksicht auf den in ihnen enthaltenen Kauf und dessen Beurkundung, nach Pos. 56 als Schenkungen zu verstempeln wären. Die Bestimmung der Tarifstelle, welche sich auf die „in der Form eines lästigen Vertrags" abgeschlossenen Schenkungen bezieht, kann nicht auf das negotium mixtum cum donatione gedeutet werden. Damit sind zunächst verdeckte Schenkungen getroffen, ferner Beurkundungen von Vollzugsgeschäften aller Art, welche in Schenkungsabsicht vorgenommen werden, wie schenkweiser Erlass oder schenkweise Übertragung einer Forderung[3]) usw. Das Gesetz will die Umgehung des (höheren) Schenkungs-

[1]) Das Reichsstempelsteuergesetz vom 27. April 1894 kommt nicht in Frage.

[2]) Heinitz, Anm. II. 1 zu zu Pos. 56 S. 354.

[3]) Heinitz, Anm. III 2a zu Pos. 56 S. 359; R. G. in Jur. Wochenschrift 1885 S. 362.

stempels durch Beurkundung eines solchen Vollzugsgeschäfts verhüten. Es hat also mit dieser Bestimmung reine Schenkungen im Auge, welche in der Einkleidung eines lästigen Vertrages auftreten, nicht aber gemischte Schenkungen. Diese sind nicht in die Form eines lästigen Vertrags gehüllt, sondern mit einem solchen zu einem einheitlichen Rechtsgeschäfte verbunden. Unter die sonst noch (in Abs. 1) erwähnten Schenkungen unter einer Auflage und die belohnenden Schenkungen gehört die gemischte Schenkung gleichfalls nicht. Wird sie hiernach als einheitliches Rechtsgeschäft nicht von dem Schenkungsbegriffe der Tarifstelle 56 betroffen, so ist, gemäss dem Grundsatze der Trennung, auch für die Stempelfrage auf die beiden in ihm enthaltenen Bestandteile zurückzugehen. Da nur von einem **beurkundeten** Rechtsgeschäfte eine Stempelabgabe erhoben wird, so ist gerade für die Verstempelung die oben behandelte Art und Weise der Beurkundung der gemischten Schenkung von grosser Bedeutung. Wird sie so gefasst, dass sie beide Geschäftbestandteile als mitbeurkundet zum Ausdruck bringt, so muss der Kaufstempel (Tarifstelle 32) von einem dem vereinbarten Kaufpreise entsprechenden Wertbetrage **und** zugleich der Schenkungsstempel (Tarifstelle 56 und Tarif zum Erbschaftssteuergesetz Allgemeine Vorschriften litt. D) von dem überschiessenden Wertbetrage der Leistung erhoben werden.[1]) Denn dann enthält die Urkunde eben **zwei** steuerpflichtige Geschäfte, da jeder Geschäftsbestandteil für die rechtliche Behandlung als selbständiges Geschäft anzusehen und somit gemäss § 10 Abs. 2 St. St. G. besonders zu verstempeln ist.[2]) Das würde z. B. auch der Fall sein

---

[1]) So auch der Pariser Kassationshof in den Urteilen vom 25. 8 1868 u. 4. 1. 1869, citiert bei R. O. H. G. Bd. 17 S. 15.

[2]) Noelle, Anm. 3 und 4 zu § 10 S. 40 ff.; Vgl. R. G. in Jur. Wochenschrift v. 1894 S. 482 und Bekanntmachung betr. Ausführung des St. St. G. Beil. 2 Ziff. 14. Dagegen R. G. v. 9. 1. 1894. — § 10 Abs. 2 lautet: „Enthält eine Urkunde verschiedene steuerpflichtige Geschäfte, so ist der Betrag des Stempels für jedes Geschäft besonders zu berechnen und die Urkunde mit der Summe dieser Stempelbeträge zu belegen.“ Unter den verschiedenen stempelpflichtigen Geschäften im Sinne dieser Vorschrift sind „Geschäfte im Rechtsbegriffe, wie ihn das bürgerliche Recht aufstellt,“ zu verstehen. (Heinitz, 2. Aufl. Anm. II 1d a zu § 10 S. 106.)

bei der Beurkundung in der von Oertmann angedeuteten Form.[1]) Hier stellt sich zwar formell die Beurkundung als diejenige eines Kaufs dar, sie umfasst aber materiell das Schenkungsversprechen mit. Dass letzteres aus dem Inhalte der Urkunde nicht erhellt, hindert die Erhebung des Schenkungsstempels nicht. Denn für die Tarifstelle 56 ist der sonst im Stempelsteuergesetze durchgeführte Grundsatz durchbrochen, dass für die Stempelpflichtigkeit einer Urkunde ausschliesslich deren Inhalt massgebend ist.[2]) (§ 3 Abs. 1). Nach Abs. 2 Satz 2 a. a. O. sind nämlich „bei Beurteilung der Frage, ob (bei einem beurkundeten Geschäfte) **die Absicht** der Bereicherung des einen Teils anzunehmen ist, auch solche Umstände in Betracht zu ziehen, welche aus der Urkunde nicht ersichtlich sind." Ergibt sich also aus Umständen, welche ausserhalb der Urkunde liegen, dass mit dem Kaufe zugleich eine Bereicherung des Gegenteils beabsichtigt war, neben ihm also noch ein Schenkungsversprechen vorliegt, so ist damit das Sachverhältnis klar gelegt, insbesondere, dass die Beurkundung des Kaufs das Schenkungsversprechen mitumfasst. Für letzteres muss dann auch der Schenkungsstempel in Ansatz kommen. Verwenden die Parteien dessen ungeachtet nur den Kaufstempel von einem Wertgegenstand in Höhe des auf den Kauf entfallenden Betrages des gemischten Geschäfts, so machen sie sich nach den §§ 17 und 18 St. St. G. strafbar.

Diese Schwierigkeit vermeidet die oben in erster Linie für das negotium mixtum cum donatione vorgeschlagene Beurkundungsfassung. Hier ist nur das Schenkungsversprechen beurkundet, die Absicht der Parteien auf eine Beurkundung des Kaufs, wie dies nach der Oertmann'schen Form der Fall ist, gar nicht gerichtet. Der Kauf wird vielmehr nur „in der Form der Verdeutlichung einer anderen Erklärung", nämlich des Schenkungsversprechens, „erwähnt". In diesem Falle sieht § 3 Abs. 3 St. St. G. ausdrücklich vor, dass nur der Stempel für das andere Geschäft, also hier die Schenkung, in Ansatz zu bringen ist.[3]) Dieses Ergebnis ist auch in den Fällen, wo eine bewegliche Sache den Leistungsgegenstand bildet,

[1]) S. S. 44 ff.

[2]) Heinitz, Pos. 56 Anm. III S. 357; Noelle, Anm. 2 zu § 3 S. 17.

[3]) Heinitz, Anm. 4 zu § 3 S. 20.

materiell gerechtfertigt. Denn das Schenkungsversprechen bedarf nach dem bürgerlichen Rechte der Beurkundung zu seiner Gültigkeit, muss daher auch dem Stempel unterliegen, während der Kaufvertrag über eine bewegliche Sache nicht an die schriftliche Form gebunden ist, mithin die Voraussetzung jeder Stempelpflichtigkeit, die urkundliche Form, nicht notwendig erheischt.

Zu einem anderen Ergebnisse kommt Heinitz. Er hält eine gleichzeitige Verwendung von Kauf- und Schenkungsstempel für unstatthaft[1]) und meint,[2]) dass § 6 des Erbschaftssteuergesetzes über die Berechnung der Stempelsteuer im Falle des negotium mixtum Bestimmung treffe. Nun kann m. E. das Erbschaftssteuergesetz, das nur für die Berechnung der Wertstempelabgabe massgebend ist, nicht herangezogen werden, um den Kreis der nach Tarifstelle 56 als Schenkungen stempelpflichtigen Geschäfte zu bestimmen. § 6 des Erbschaftssteuergesetzes bringt aber auch keine Erweiterung dieses Kreises, wie er oben[3]) festgelegt ist, sondern steht mit Tarifstelle 56 im Einklange. Er bezieht sich nur auf Zuwendungen unter einer Auflage und kann für das Stempelsteuergesetz sinngemäss nur auf Schenkungen **unter einer Auflage** übertragen werden[4]). Dies ergibt schon der Wortlaut des § 6:

> „Insoweit eine Zuwendung zur Vergeltung für Leistungen bestimmt ist, welche mit dem Anfalle übernommen werden, kommt der Wert dieser Leistungen von der Zuwendung in Abzug."

Hiernach muss die Zuwendung mit der Zweckbestimmung gemacht sein, dass der Bedachte seinerseits eine Leistung übernehme, jene muss dieser vorangehen, nicht aber bildet die Leistung des Bedachten das **Entgelt** für die Zuwendung, wie dies bei dem negotium mixtum cum donatione der Fall ist. Eine Gegenleistung in diesem Sinne kann bei Zuwendungen durch letztwillige Verfügungen, von denen das Erbschaftssteuergesetz handelt, überhaupt nicht in Frage kommen. Das bestätigt auch der § 1 des Erb-

---

[1]) a. a. O. Anm. II 6 zu Pos. 56 S. 357.

[2]) a. a. O. Anm. II 2 zu Pos. 56 S. 355.

[3]) S. 48 ff.

[4]) Vgl. Noelle, Anm. 2 zu Pos. 56 S. 199.

schaftssteuergesetzes, welcher als den Gegenstand der Steuer unter Ziffer 1 „Erbschaften, Vermächtnisse und Schenkungen von Todeswegen (mit Einschluss der remuneratorischen und der **mit einer Auflage** belasteten Schenkungen)“ bezeichnet.

Auch die oberstrichterlichen Entscheidungen, welche Heinitz heranzieht, stützen seine Ansicht nicht. In der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[1]) wird allerdings die Verwendung des **Schenkungs**stempels für ein gemischtes Geschäft verteidigt, aber auf Grund des Code civil, welcher wie oben erwähnt,[2]) den Begriff der donation onéreuse kennt, und für ein Stempelgesetz,[3]) dessen Bestimmungen der Schenkungsbegriff des Code civil zu Grunde zu legen war. Die Entscheidung des Kammergerichts[4]) aber verneint ausdrücklich für den dort entschiedenen Fall das Vorliegen eines negotium mixtum und nimmt eine reine Schenkung an. Auch der vom Kammergericht[5]) am 21. Februar 1898 entschiedene Fall (Schenkung eines Vermögens unter Auferlegung der Verpflichtung an den Beschenkten, dem Schenker für seine Lebensdauer eine Leibrente zu gewähren), in welchem es sich für die Erhebung nur des Schenkungsstempels ausspricht, kann nicht für das gemischte Geschäft verwendet werden, weil es sich dort nicht um ein solches, sondern um ein mit einer Schenkung verbundenes Nebengeschäft, um eine Schenkung unter einer Auflage handelt.[6]) Für die gemischte Schenkung lässt sich der vom Kammergericht in dem seiner Entscheidung unterbreiteten Falle zutreffend angewendete Absatz 3 des § 10 St. St. G.[7]) nicht her anziehen, weil jene als ein „einheitliches, **nach dem Tarife** steuerpflichtiges Rechtsgeschäft“ in diesem nicht vorgesehen ist. Es muss hiernach bei dem eben begründeten

---

[1]) Bd. 17 S. 11 ff.

[2]) S. S. 28.

[3]) Stempelgesetz v. 22. Frim. an VII und Finanzgesetz vom 28. April 1816.

[4]) Bei Johow, Bd. 3 S. 219.

[5]) Citiert bei Heinitz, 2. Aufl. Anm. II 5e zu 7. St. 56 S. 530. In der Sammlung der Entscheidungen von Johow ist das Urteil nicht abgedruckt.

[6]) Vgl. Endemann, B. G. B. Bd. 1 § 164 S. 743 Anm. 22.

[7]) „Sofern die einzelnen in einer Urkunde enthaltenen Geschäfte sich als Bestandteile eines einheitlichen, nach dem Tarife steuerpflichtigen Rechtsgeschäftes darstellen, ist nur der für das letztere vorgesehene Stempelbetrag zu entrichten.“

Ergebnisse verbleiben, dass im Falle der Beurkundung des ganzen gemischten Geschäfts sowohl der Kauf- als der Schenkungsstempel zu entrichten ist.

Einfacher liegt das Sachverhältnis, wenn die Schenkung in einem teilweisen Erlasse der Kaufpreisschuld besteht. Wird dieser Erlass beurkundet, so ist, da er in Schenkungsabsicht verfolgt, gemäss Tarifstelle 56 Abs. 2 der Schenkungsstempel für einen Wertgegenstand in Höhe der erlassenen Schuld in Ansatz zu bringen. Ebenso kann in dem Falle, wo der Käufer als Schenker auftritt, bei Beurkundung des Versprechens, den Betrag der über den Wert der Sache hinausgehenden, **schenkungsweise** zugewendeten Geldsumme zu zahlen, nur die Erhebung des Schenkungsstempel gemäss der eben angeführten Gesetzesbestimmung in Frage kommen.

III. Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks.

§ 8.

Während bei den entgeltlichen Verträgen nach der Erfüllung des Schuldverhältnisses eintretende Umstände keinerlei Einwirkung auf dieses auszuüben im stande sind, ist bei der Schenkung einem solchen nachträglichen Momente von allen Rechtsordnungen ein gewisser Einfluss eingeräumt worden, nämlich der Undankbarkeit des Beschenkten. Der Schenker darf von diesem mit Recht erwarten, dass er sich in Anerkennung des ihm erwiesenen Wohlwollens und der ihm bezeigten Freigebigkeit besonders kränkender Angriffe gegen ihn, den Schenker, enthalten werde, und dieser sittlichen Pflicht der Dankbarkeit[1]) gibt das Bürgerliche Gesetzbuch in Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte eine gewisse rechtliche Anerkennung, indem es in Fällen besonders schwerer Verletzung derselben dem Schenker den Widerruf der Schenkung verstattet. § 530 B. G. B. verordnet nämlich:

„Eine Schenkung kann widerrufen werden, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den

[1]) Burckhard, Begr. S. 144.

Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undanks schuldig macht."

Nun entsteht die Frage, ob der Veräusserer dieses Widerrufsrechts auch bei der gemischten Schenkung ausüben kann. Die Antwort in bejahendem Sinne ist durch den im allgemeinen Teile entwickelten Grundsatz der Trennung gegeben. Der Widerruf kann aber natürlich nicht das ganze Geschäft ergreifen, sondern bezieht sich nur auf die Schenkung.[1]) Er erfolgt gemäss § 531 durch eine formlose Erklärung gegenüber dem Beschenkten. Damit wird der Schenkung ihre causa, ihr Rechtsgrund, genommen, und die Rückerstattungspflicht würde sich nach den Grundsätzen der condictio causa finita von selbst verstehen.[2]) Das Gesetz spricht aber im § 531 Abs. 2 als Wirkung des erklärten Widerrufs die Verpflichtung des Beschenkten, das „Geschenk" nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten, noch ausdrücklich aus. Sobald die Widerrufserklärung dem Beschenkten zugegangen ist, haftet er gemäss § 819 B. G. B., „wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre".[3])

Was hat nun der Beschenkte nach erfolgtem Widerrufe zurückzuerstatten? Der Rückforderungsanspruch geht auf Herausgabe des auf Grund der Schenkung „Erlangten".[4]) Besteht diese in einer Quote des einheitlichen Leistungsgegenstandes, so hat der Schenker den Anspruch darauf, dass die **Quote,** welche durch die schenkungsweise erfolgte Veräusserung aus seinem Vermögen ausgeschieden ist, in dasselbe zurückgebracht werde. Denn um diese Quote ist nun, wo der Rechtsgrund für diese Zuwendung weggefallen ist, der Empfänger bereichert. Der Schenker kann demnach von diesem verlangen, dass er ihm das Eigentum an der schenkungsweise veräusserten Quote zurückübertrage. Es entsteht demnach im Falle des Widerrufs, wenn der freigebig Bedachte seiner Ver-

[1]) Seuff. Archiv, Bd. 6 No. 38; Bd. 18 No. 136; R. G. Bd. 29 S. 267; Foerster—Eccius, Bd. 2 Text S. 29 und Anm. 162; Koeppen, S. 74.

[2]) Oertmann, a. a. O. § 531 Anm. 2 S. 252; Planck, Anm. 1 zu § 531 S. 293.

[3]) Oertmann, a. a. O. Anm. 1.

[4]) B. G. B. § 812; Stieve, a. a. O. S. 29, 47 f; Planck, Vorbem. zu 24 Tit. No. 3 Bd. 2 S. 576.

pflichtung freiwillig oder infolge seiner Verurteilung nachgekommen ist, **Miteigentum** beider an dem einheitlichen Leistungsgegenstande, und zwar in dem Verhältnisse, in welchem nach dem von den Parteien angenommenen oder dem objektiven Wertbetrage der Leistung der entgeltliche Geschäftsbestandteil zu dem unentgeltlichen steht.[1]) Die Auseinandersetzung unter ihnen hat dann in Gemässheit des § 753 des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch Verkauf und Teilung des Erlöses zu erfolgen. Die Sachlage ist dann die gleiche, wie wenn die Parteien das Geschäft von vornherein auf den unentgeltlichen Geschäftsbestandteil beschränkt hätten, der veräussernde Alleineigentümer also durch die verkaufsweise Ausscheidung von ideellen Anteilen Miteigentum begründet hätte, was im Grundstücksverkehre nicht selten vorkommt.

Koeppen[2]) will im Falle des Widerrufs den Schenker mit Rücksicht auf § 818 Abs. 2 B. G. B. (Unmöglichkeit der Herausgabe wegen Beschaffenheit des Erlangten) auf einen Anspruch auf Erstattung des **Wertes** der geschenkten Sachquote verweisen. Dies ist m. E. unzutreffend. Eine **Unmöglichkeit** der Herausgabe im Sinne jener Bestimmung liegt gar nicht vor,[3]) die Herausgabe erfolgt eben durch Rückübertragung des Eigentums an der Quote. Der praktische Unterschied der Koeppen'schen Ansicht von der hier vertretenen zeigt sich in folgendem: Wenn die Parteien, was sie ja zweifellos können,[4]) sich statt der Begründung eines Miteigentumsverhältnisses auf Ersatz des Wertes einigen wollen um die Unzuträglichkeiten einer Gemeinschaft zu vermeiden, so kann der freigebige Teil nur Ersatz desjenigen Wertes verlangen, welchen die Quote zur Zeit des Zugangs der Widerrufserklärung besitzt.[5]) Denn er hat ja grundsätzlich nur einen Bereicherungsanspruch, dieser geht darauf, dass die Quote in der Beschaffenheit, die sie in jenem Zeitpunkte hat, also mit dem damaligen Werte, in sein Ver-

[1]) Vgl. S. 40 ff.

[2]) a. a. O. S. 75. 74.

[3]) Vergl. Planck, Anm. 2c zu § 818 Bd. 2 S. 592 und die dort gegebenen Beispiele.

[4]) Planck, das. S. 593.

[5]) Stieve, a. a. O. S. 104 ff.

mögen zurückgelange. Hierdurch wird die vom Standpunkte der herrschenden Theorie aus notwendige und auch billige Folge gewahrt, dass im Falle des Widerrufs eine Werterhöhung oder Wertverringerung des veräusserten Gegenstandes in der Zwischenzeit beide Teile gleichmässig trifft. Nach der Koeppen'schen Meinung würde der Wert zu ersetzen sein, den der Leistungsgegenstand zu der Zeit hatte, als er in das Vermögen des Empfängers gelangte.[1]) Dies würde im praktischen Erfolge auf den Lammfromm'schen Standpunkt zurückführen, den Koeppen gerade ablehnt.[2])

Nun ist noch einer Ansicht des Reichsgerichts zu gedenken. Dieses[3]) gewährt im Falle des Widerrufs dem Beschenkten das Recht, nunmehr von dem entgeltlichen Bestandteile des Geschäfts abzugehen, also das **ganze** Geschäft rückgängig zu machen und „gegen Rückgewähr des Gegebenen das Empfangene herauszugeben." Es geht von dem Gedanken aus, dass der Beschenkte im Falle des Widerrufs der gemischten Schenkung „an das in derselben enthaltene entgeltliche Geschäft, das er ohne die mit derselben verbundenen Bereicherung nicht gewollt habe, nicht gebunden bleiben" könne. Die Ansicht des Reichsgerichts ist m. E. nicht stichhaltig. Sie lässt sich nur erklären durch die Annahme eines dem Beschenkten für den Fall des Widerrufs der Schenkung **stillschweigend** vorbehaltenen Rücktrittsrechts. Die Annahme einer solchen stillschweigeneen Vereinbarung ist nach meiner Ansicht nicht gerechtfertigt. An die Möglichkeit eines Widerrufs der Schenkung denken die Parteien bei Eingehung des gemischten Geschäfts gar nicht, die Annahme einer (stillschweigenden) vertragsmäsigen Regelung der Folgen beim Eintritt dieses Falles geht weit über die Intentionen hinaus, mit welchen die Parteien ein solches Geschäft schliessen, und könnte nur durch das Vorliegen ganz besonderer Umstände gerechtfertigt werden. Welcher Schenker rechnet wohl in dem Augenblicke, wo er die Schenkung macht, mit dem Undanke des Beschenkten? Tritt dieser Fall

[1]) Planck, Anm. 2 c zu § 818 Bd. 2 S. 592; Stieve, a. a. O. S. 100.

[2]) a. a. O. S. 28 ff.

[3]) Entsch. Bd. 29 S. 267. Ebenso Koeppen, S. 58 und Dernburg, Pr. Pr. R., Bd. 2 und 3, S. 437.

ein, so gibt das Gesetz dem Schenker das Recht des Widerrufs der Schenkung; unverständlich wäre es, wenn dann, etwa zum Lohne für seinen Undank, auch noch der Beschenkte ein Recht erlangen sollte. Auch die praktischen Folgen der Meinung des Reichsgerichts sind unerträglich. So könnte, wenn der Leistungsgegenstand durch Zufall untergegangen ist, der Empfänger durch den Rücktritt vom ganzen Geschäfte Rückzahlung seiner Leistung (des Kaufpreises) verlangen, ohne seinerseits etwas herausgeben zu müssen. Denn hinsichtlich der Schenkung wäre er nicht mehr bereichert, der Untergang des empfangenen Gegenstandes würde den Rücktritt nicht ausschliessen, während er den Anspruch auf Rückgabe seiner Gegenleistung behielte (§§ 350, 346 B. G. B.).[1]) Auch die §§ 142, 139 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (teilweise Anfechtung eines Rechtsgeschäfts)[2]) lassen sich für den vorliegenden Fall nicht heranziehen, um eine Hinfälligkeit des entgeltlichen Teils des Geschäfts zu begründen. Denn mag man auch den Widerruf als eine Art Anfechtbarkeit[3]) bezeichnen, so unterscheidet er sich von ihr doch dadurch, dass diese das Geschäft nach Rückwärts hin unwirksam macht, während der Widerruf ihm nur die Rechtsbeständigkeit für die Zukunft benimmt.[4])

Tritt der Käufer als Schenker auf, oder besteht die Schenkung in einem teilweisen Erlasse der Kaufpreisschuld, so hat im ersten Falle der Veräusserer die unentgeltlich zugewendete Summe zurückzugeben,[5]) im letzten der Käufer die Forderung wiederherzustellen. Wenn der Beschenkte eine Verringerung oder den gänzlichen Fortfall der Bereicherung geltend machen will, weil er z. B. mit Rücksicht auf das Geschenk Ausgaben gemacht habe, die er sonst unterlassen hätte,[6]) so hat er diese Umstände zu beweisen.[7])

---

[1]) Vgl. Cosack, B. G. B. Bd. 1 § 112 S. 373.

[2]) S. Planck, Anm. 2 zu § 142.

[3]) S. Oertmann, Anm. 1 zu § 531 S. 252.

[4]) Raeke, a. a. O. S. 19.

[5]) Stieve, a. a. O. S. 99.

[6]) Planck, Anm. 2d zu § 818 S. 593.

[7]) Stieve, a. a. O. S. 100.

IV. Die Kompetenz.

§ 9.

1. Das Verweigerungsrecht des § 519 B. G. B.

Schenkungen pflegt man, wenn anders man mit den Grundsätzen einer geregelten Wirtschaftsführung nicht in Widerspruch geraten will, aus demjenigen Vermögen vorzunehmen, welches einem nach Abzug des zur Bestreitung des eigenen standesgemässen Unterhalts und zur Erfüllung seiner sonstigen Verpflichtungen Nötigen übrig bleibt. Hat man sich in einem Irrtum über seine Verhältnisse befunden, oder treten später Umstände ein, welche jene bei Vornahme der freigebigen Verfügung vorausgesetzte Vermögenslage nachteilig ändern, so muss der Beschenkte mit seinen Ansprüchen billigerweise hinter die übrigen Verpflichtungen des Schenkers zurücktreten. Diesen Anforderungen eines geläuterten Gerechtigkeitsgefühls trägt auch das Bürgerliche Gesetzbuch Rechnung. Es bestimmt in § 519:

> „Der Schenker ist berechtigt, die Erfüllung eines schenkweise erteilten Versprechens zu verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ausser Stande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne dass sein standesmässiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird."

In einem solchen Falle kann also bei der gemischten Schenkung der Empfänger von dem Zuwender nur die Erfüllung des entgeltlichen Geschäftsteils fordern.[1]) Zu verwirklichen ist diese ebenso wie in dem Falle, wo bei Versäumung der Beurkundung des Schenkungsversprechens auf der Erfüllung des Kaufs bestanden wird. Wenn der Käufer als Schenker auftritt, indem er einen über den wahren Wert hinausgehenden Kaufpreis zahlt, so ist nunmehr der Kauf zu dem niedrigeren, dem wahren oder dem angenommenen Werte des Leistungsgegenstandes entsprechenden Preise zu erfüllen. Umgekehrt muss, wenn der Käufer einen Teil des Kaufpreises in Schenkungsabsicht erlässt, der Empfänger jetzt

[1]) Ebenso Koeppen a. a. O. S. 73.

für den Gegenstand den höheren, dem zu Grunde gelegten Werte entsprechenden Preis zahlen. Ist das einheitliche Leistungsobjekt zum Teil als verkauft, zum Teil als verschenkt anzusehen, so sind die entgeltlich veräusserten Quoten dem Empfänger zum Eigentum zu übertragen, so dass zwischen den Kontrahenten Miteigentum entsteht.

Wenn der Bereicherte im Falle des § 519 B. G. B. von dem Zuwender die Erfüllung des entgeltlichen Geschäftsteils verlangen kann, so wird er selbst doch von jenem nicht dazu angehalten werden können. Man wird berücksichtigen müssen, dass er das Geschäft als einheitliches, mit der Bereicherung verbundenes gewollt hat, und ihm bei der Berufung hierauf verstatten müssen, wenn der Zuwender die Erfüllung des Schenkungsversprechens verweigert, seinerseits die Erfüllung des Umsatzvertrages zu verweigern. Denn nach § 242 B. G. B. ist der Schuldner nur verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erfordern. Gegen Treu und Glauben würde aber der Zuwender verstossen, wenn er im Widerspruche mit den Geschäftsabsichten die Erfüllung des Umsatzvertrages verlangen, die des Schenkungsversprechens verweigern wollte. Bei dem Widerrufe der Schenkung wegen Undanks kann man dem Bereicherten nicht analog diesem Verweigerungsrechte unter Anwendung von § 157 B. G. B. die Befugnis zusprechen, von dem entgeltlichen Geschäftsteile abzugehen, weil er hier selbst an der Rückgängigmachung der Schenkung die Schuld trägt, während dort der Schenker die Ursache setzt, dass die freigebige Verfügung nicht zur Vollziehung gelangt.

2. Das Rückforderungsrecht des § 528 B. G. B.

Gerät der Schenker nach der Vornahme der freigebigen Verfügung in Vermögensschwierigkeiten, so erhält er einen Anspruch gegen den Bereicherten. Er kann nämlich gemäss § 528 B. G. B., soweit er „nach der Vollziehung der Schenkung ausser stande ist, seinen standesmässigen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten, seinem Ehegatten oder seinem früheren Ehegatten gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen, von

dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrages abwenden.“ Wie die Herausgabe des „Geschenkes“ zu verwirklichen ist, das richtet sich den Grundsätzen, welche oben[1]) für die Herausgabeverpflichtung des Beschenkten im Falle des Widerrufs der Schenkung wegen groben Undanks festgestellt worden sind.

[1]) S. S. 54 ff.

V. Der Ergänzungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten.

§ 10.

Schenkungen des Erblassers an Dritte geben den Pflichtteilsberechtigten den Anspruch auf Ergänzung ihres Pflichtteils, wenn zur Zeit des Erbfalls noch nicht zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind. Auch wenn die Schenkung mit einem entgeltlichen Geschäfte verbunden ist, muss den Pflichtteilsberechtigten in Ansehung ihres Betrages der Ergänzungsanspruch zustehen. Soweit sich dieser gegen den Erben selbst richtet — und das ist zunächst der Fall —, bildet seinen Inhalt immer eine **Geld**leistung. Nach § 2325 B. G. B. kann nämlich der Pflichtteilsberechtigte, wenn der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat, als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlasse hinzugerechnet wird. Hier kann also der Umstand, dass die Schenkung eine „gemischte“ ist, keine Besonderheiten hervorrufen. Ist dagegen der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verbunden,[1]) so kann

[1]) § 2328 B. G. B.: „Ist der Erbe selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er die Ergänzung des Pflichtteils soweit verweigern, dass ihm sein eigener Pflichtteil mit Einschluss dessen verbleibt, was ihm zur Ergänzung des Pflichtteils gebühren würde.“

§ 2329 Abs. 1 Satz 2 B. G. B.: „Ist der Pflichtteilsberechtigte der alleinige Erbe, so steht ihm das gleiche Recht (auf Herausgabe des Geschenks gegen den Beschenkten) zu.“

gemäss § 2329 B. G. B. der Pflichtteilsberechtigte **von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes** zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrags nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des fehlenden Betrags abwenden. Kommt es hiernach zur Herausgabe des Geschenks, so ist sie ebenso wie im Falle des Widerrufs wegen groben Undanks und der Rückforderung nach § 528 B. G. B. zu bewirken.[1])

[1]) S. oben S. 54 ff und S. 60.

VI. Die Anfechtung der gemischten Schenkung innerhalb und ausserhalb des Konkurses.

§ 11.

Gewisse Handlungen eines Schuldners, durch welche das Recht seiner Gläubiger auf Befriedigung ihrer Forderungen verletzt wird, können sowohl im Falle eines Konkurses als auch ausserhalb desselben angefochten werden. Beide Arten der Anfechtung unterscheiden sich jedoch in einigen Punkten von einander, weniger durch den Kreis der anfechtbaren Handlungen[1]) als durch ihre Voraussetzungen und Wirkungen. Der Gläubiger nämlich, welcher ausserhalb des Konkursverfahrens anfechten will, muss gemäss § 2 des Anfechtungsgesetzes eine fällige Forderung gegen den Schuldner haben und im Besitze eines vollstreckbaren Titels für sie sein. Weiterhin ist erforderlich, Befriedigungsunvermögen[2]) des Schuldners, d. h. die Zwangsvollstreckung in dessen Vermögen muss zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt haben, oder es muss anzunehmen sein, dass sie zu einer solchen nicht führen werde. Bestritten ist, ob die ausserkonkursmässige

[1]) § 30 K. O kommt für den Zweck der vorliegenden Abhandlung nicht in Betracht.

[2]) Motive z. Anfechtungs-Ges. bei Hahn S. 737. Foerster—Eccius 6. Aufl. Bd. 1 § 114 S. 773 ff; Cosack, Anf. R. S. 43. Im folgenden ist mit „Cosack" dessen „Anfechtungsrecht" zitiert.

Anfechtung auch wegen anderer Forderungen als wegen Geldforderungen zulässig ist. Die Frage ist mit der herrschenden Meinung zu verneinen.[1]) Denn unter „Zwangsvollstreckung **in das Vermögen,**“ deren Fruchtlosigkeit die Voraussetzung der Anfechtung bildet, versteht die Civilprozessordnung die wegen **Geld**forderungen erfolgende Zwangsvollstreckung.

Im Konkurse gibt die Eröffnung des Verfahrens **dem Verwalter** die Legitimation zur Ausübung des Anfechtuugsrechts. (§ 36 K. O.).

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass im Konkurse die Möglichkeit einer Anfechtung von reinen Verpflichtungsgeschäften, von obligatorischen Verbindlichkeiten des Schuldners gegeben ist, da sein Vermögen schon durch Vermehrung der Passivmasse, durch Begründung von Verbindlichkeiten, von Konkursforderungen verringert, die Konkursgläubiger also benachteiligt werden.[2]) Anders ist der Begriff der „Vermögensverminderung“ nach dem Anfechtungsgesetze zu bestimmen. Die Motive zu diesem scheinen allerdings auch ausserhalb des Konkursverfahrens eine Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners zulasen zu wollen, durch welche nur eine Verpflichtung desselben zu einer Leistung begründet wird. Sie verweisen[3]) auf die Motive zur Konkursordnung,[4]) in welcher von der Anfechtung solcher Rechtshandlungen die Rede ist.[5]) Dem ist jedoch nicht beizutreten. Die Voraussetzung der Anfechtung ausserhalb des Konkurses ist, wie das in § 9 des Gesetzes aufgestellte Erfordernis der bestimmten Bezeichnung des Umfangs und der Art und Weise der Rückgewähr in der Klage ergibt, eine solche Vermögensverringerung des Schuldners, durch welche dem Gläubiger Befriedigungsmittel entzogen werden.[6]) Diese ist nicht eingetreten, „so lange nicht tatsächlich etwas aus dem Vermögen des Schuldners fort- oder aufgegeben ist“,[7]) der Gläubiger sich also noch an die

---

[1]) Vgl. Eccius, 6. Aufl. Bd. 1 S. 774; Korn, Anf. S. 20; R. G. Bd. 18 S. 145 ff, 148; Bd. 19 S. 205. Dagegen Jäckel. Anf. S. 213; Cosack. S. 40.

[2]) S. R. G. Bd. 27 No. 30.

[3]) Hahn. S. 736.

[4]) Hahn, S. 324, 151.

[5]) Ebenso Hartmann, Anf. Ges. S. 77, 78;

[6]) Petersen bei Busch, S. 21. 35. 36.

[7]) So Korn, S. 157 f.

im Vermögen des Schuldners befindlichen Gegenstände im Wege der Zwangsvollstreckung halten kann.[1]) So lange bei der gemischten Schenkung der dem Beschenkten zuzuwendende Leistungsgegenstand ihm noch nicht übereignet ist, sondern sich noch im Vermögen des Veräusserers befindet, könnte der Gläubiger beim Vorliegen eines vollstreckbaren Titels, dessen er ja auch für die Anfechtung bedarf, die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand betreiben, und er hätte gar kein Interesse an einer Anfechtung des gemischten Geschäfts.

Nach der Konkursordnung ist also für die gemischte Schenkung bereits im obligatorischen Stadium an sich die Anfechtungsmöglichkeit gegeben, während nach dem Anfechtungsgesetze diese erst der Vollzug der Schenkungszuwendung eröffnet.

Die Konkursordnung sowie das Anfechtungsgesetz unterscheiden nun übereinstimmend (§§ 31, 32 K. O., § 3 Anf. Ges.) zwischen der Anfechtung von Rechtshandlungen, entgeltlichen Verträgen und von unentgeltlichen Verfügungen.

1) Allgemein sind Rechtshandlungen des Schuldners für anfechtbar erklärt, welche dieser in der dem andern Teile bekannten Absicht vornimmt, seine Gläubiger zu benachteiligen. Unter die „Rechtshandlungen", worunter das Gesetz alle das Vermögen des Schuldners mittelbar oder unmittelbar betreffenden[2]) rechtlich erheblichen Privatwillenserklärungen begreift,[3]) fallen zweifelsohne die gemischten Schenkungen, als einheitliche Geschäfte betrachtet, und sie sind deshalb unter den Voraussetzungen der angezogenen Gesetzesbestimmungen ganz anfechtbar.

2) In § 31 Ziff. 2 der Konkursordnung und in § 3 Ziff. 2 des Anfechtungsgesetzes sind die entgeltlichen Verträge des Schuldners mit seinem Ehegatten, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- oder absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen für anfechtbar erklärt, sofern sie in dem letzten Jahre vor der Konkurseröffnung bezw. vor der Anfechtung geschlossen worden sind, und durch ihren Abschluss die

[1]) Vgl. R. G. Bd. 27, S. 132 f.
[2]) Hartmann – Meikel, a. a. O. S. 57.
[3]) Jäckel, a. a. S. 58.

Gläubiger des Schuldners benachteiligt werden. Der Anfechtung steht der Einwand entgegen, dass dem Gegenkontrahenten zur Zeit des Vertragsabschlusses die Absicht der Gläubigerbenachteiligung nicht bekannt war. Treffen bei der gemischten Schenkung die Voraussetzungen der erwähnten Vorschriften zu, gehört insbesondere der Bereicherte zu den dort genannten Personen und kann er die Doluspräsumtion nicht entkräften, so muss gleichfalls das **ganze** gemischte Geschäft für anfechtbar erklärt werden.[1]) Denn die erwähnten Bestimmungen wollen die Anfechtung der entgeltlichen Verträge mit Verwandten erleichtern. Sie wählen mit Absicht einen möglichst weiten Ausdruck,[2]) und umfassen unter „entgeltlichen" Verträgen alle diejenigen, welche nicht den zu ihnen in Gegensatz gestellten „unentgeltlichen" Verfügungen zuzurechnen sind,[3]) also alle Verträge, bei welchen in irgend einer Form für die gemachte Leistung ein Entgelt gemacht wird.[4]) In diesem Sinne gehören die negotia mixta als „in einer und derselben juristischen Handlung getätigte einheitliche Rechtsgeschäfte" zu den „entgeltlichen" Verträgen der genannten Vorschriften, da sie keine reinen unentgeltlichen Verfügungen sind. Die (unmittelbare) Benachteiligung der Gläubiger durch den Abschluss des gemischten Geschäfts folgt schon daraus, dass wegen der in ihm enthaltenen Schenkung für den aus dem Vermögen des Veräusserers aufgegebenen Gegenstand keine von den Kontrahenten als gleichwertig betrachtete Gegenleistung in dasselbe gelangt, mithin durch die Veränderung des Vermögensstandes des Schuldners die Befriedigung der Gläubiger erschwert wird.[5])

3) Die eigentümliche Schwierigkeit bei der Anfechtung des gemischten Geschäfts entsteht erst dann, wenn die Anfechtung aus § 32 der Konkursordnung und aus § 3 Ziff. 3 und 4 des Anfechtungsgesetzes erfolgen soll. Hiernach sind nämlich **unentgelt-**

[1]) So auch Koeppen, a. a. O. S. 65.

[2]) Motive zur K. O. bei Hahn, S. 140.

[3]) R. G. Bd. 6 S. 103 f; Bd. 29 S. 300; Jur. Wochenschrift von 1898 S. 223 No. 17.

[4]) Vgl. Wolff, K. O. Anm. 3 zu § 32 S. 140.

[5]) R. G. in Jur. Wochenschr. 1895 S. 127[7]; 1900 S. 716[7]. Hartmann—Meikel, a. a. O. S. 160 und 58.

liche Verfügungen anfechtbar, sofern sie von dem Schuldner im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung bezw. vor der Anfechtung vorgenommen worden sind und nicht gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande haben, unentgeltliche Verfügungen zu Gunsten des Ehegatten schlechthin, sofern sie innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem massgebenden Zeitpunkte erfolgt sind.

Hier kann nach dem Wortlaute des Gesetzes nur eine Anfechtung der in dem gemischten Geschäfte enthaltenen Schenkung als einer unentgeltlichen Verfügung in Betracht kommen. Es ist also auch hier die Trennung des entgeltlichen Geschäftsbestandteils von dem unentgeltlichen vorzunehmen. Die Anfechtung ergreift nicht das ganze Geschäft, sondern ist eine **teilweise**[1]) und bezieht sich nur auf die Schenkung. Dies ist augenscheinlich schon der Standpunkt der Motive zur Konkursordnung,[2]) wenn auch ihre Ausdrucksweise nicht ganz klar ist. Sie heben nämlich hervor, dass bei den negotia mixta die Anfechtung nur Platz greife, „sofern **und soweit** das Entgelt ein scheinbares, d. h. nur dazu bestimmt ist, die beabsichtigte Schenkung zu verdecken." Die Motive fassen offenbar den Ausdruck „negotia mixta" nicht in dem von uns gebrauchten technischen Sinne auf, sondern begreifen darunter auch unentgeltliche Verfügungen, die unter dem Scheine von entgeltlichen auftreten („**sofern** das Entgelt . . . . ein scheinbares ist.") Dass sie aber auch auf die eigentlichen gemischten Geschäfte abzielen wollen, beweist der Ausdruck: „**soweit** das Entgelt ein scheinbares ist." Nur ist hier der Gebrauch des Wortes „scheinbar" irreführend; es hätte heissen müssen: „soweit der Leistung ein Entgelt nicht gegenübersteht", da ja die Parteien bei dem gemischten Geschäfte mit Bezug auf den Schenkungsbestandteil überhaupt nicht den Anschein eines Entgelts erwecken wollen. Der schiefe Ausdruck ist offenbar durch das Bestreben des Verfassers nach einer kurzen Fassung, und weil ihm zunächst die Scheingeschäfte vorschwebten, hervorgerufen. In der Literatur und Rechtsprechung herrscht auch über die Frage fast allgemeine Überein-

---

[1]) Vgl. Hartmann—Meikel, S. 215 und R. G. in der Jur. Wochenschrift 1898 S. 51 Nr. 22.

[2]) Vgl. Motive z. K. O. bei Hahn, S. 142.

stimmung.[1]) Eine abweichende Meinung vertritt dann, wenn bei der gemischten Schenkung ein einheitlicher Gegenstand die Leistung des Zuwenders bildet, anscheinend nur Jäckel,[2]) indem er unter Berufung auf eine Entscheidung des Ober-Tribunals[3]) die teilweise Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts für den Fall, dass ein „unteilbares Objekt" in Frage steht, überhaupt nicht zulassen will. Es soll in diesem Falle das **ganze** Rechtsgeschäft der Anfechtung unterliegen. Da auch bei dem gemischten Geschäft im Falle der Anfechtung aus § 32 K. O. oder § 3 Ziffer 3 oder 4 des Anfechtungsgesetzes diese nur einen Teil des Rechtsgeschäfts ergreift, so würde, wenn ein untrennbarer Leistungsgegenstand vorliegt, nach Jäckel das ganze Geschäft anfechtbar sein. Der von Jäckel und dem Ober-Tribunal angeführte Grund, dass das Objekt ein unteilbares sei, kann aber nicht für durchschlagend erachtet werden und die Erstreckung der Anfechtung auf das ganze Rechtsgeschäft nicht rechtfertigen. Denn, wie wir oben gesehen haben,[4]) greift im Falle des negotium mixtum bei der Einheitlichkeit des Leistungsgegenstandes eine **ideelle** Teilung desselben Platz, welche auch eine teilweise Anfechtbarkeit des Geschäfts ermöglicht.[5])

Geltend zu machen ist die Anfechtung durch Klage oder Einrede,[6]) eine formlose, dem Anfechtungsgegner gegenüber abzugebende Erklärung kann nicht für ausreichend erachtet werden.[7])

[1]) Vgl. Hartmann, a. a. O. S. 56; von Hölderndorf, K. O. S. 305 Anm. c II zu § 25; Korn, a. a. O. S. 84; Cosack, a. a. O. S. 144; 261; v. Wilmowski, R. K. O. Anm. 3 zu § 25 S. 146; Jäger, K. O. Anm. 11 zu § 32 S. 260; Foerster—Eccius, 6. Aufl. Bd. 1 § 114 S. 779; Otto, Anf. S. 133; Seuff. Archiv Bd. 26 No. 97; Bd. 40 No. 23; Bd. 42 No. 114 S. 165.

[2]) a. a. O. S. 175 Anm. 3.

[3]) Strieth-Archiv, Bd. 76 S. 132 ff.

[4]) S. S. 36.

[5]) Vgl. Cosack, a. a. O. S. 261.

[6]) R. G. vom 22. 10. 1902, Entsch. Bd. 52, S. 334 und Jur. Wochenschr. 1903, Beil. S. 4.

[7]) So gegenwärtig die überwiegende Meinung im Anschluss an die Motive der Novelle z. K. O.; vergl. besonders Cosack, a. a. O. S. 220, Dernburg, Pr. Pr. R. 5. Aufl. Bd. 2 § 130 Note 2 S. 336; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, § 58; Wolff, K. O. Anm. 1 zu § 37 S. 149; die herrschende Ansicht stellt die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung auf die gleiche rechtliche Grundlage wie diejenige wegen Betrugs, Irrtum und Zwangs. Das ist verfehlt. Ausführlich über die Frage Hartmann—Meikel, S. 37 ff.

Die **Wirkung** der konkursmässigen Anfechtung bestimmt § 37 K. O. dahin, dass das, „was durch die anfechtbare Handlung“ aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, zur Konkursmasse zurückgewährt werden“ muss. Hiernach hat also der Anfechtungsgläubiger nur einen persönlichen Anspruch darauf, dass ihm gegenüber die Wirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung für die Zukunft beseitigt werde,[1]) keineswegs tritt als Folge der Anfechtung, wie nach § 142 B. G. B., die Nichtigkeit der angefochtenen Handlung (mit dinglicher Wirkung) ein.[2]) Nach § 7 des Anfechtungsgesetzes kann „der Gläubiges, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, dass dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, **als noch zu demselben gehörig** von dem Empfänger zurückgewährt werde.“ Die Anfechtung berührt hiernach den Bestand des Geschäfts unter den Parteien nicht, gibt vielmehr dem Gläubiger nur das Recht, dass **ihm gegenüber** derselbe Zustand wiedergeschaffen werde, wie er bestanden haben würde, wenn die anfechtbare Handlung nicht vorgenommen worden wäre.[3]) Und zwar kann der Gläubiger nicht etwa Herausgabe des veräusserten Gegenstandes an ihn verlangen, sondern, da die Anfechtung nur „zum Zwecke seiner Befriedigung“ (§ 1 Anf. Ges.) erfolgt, nur beanspruchen, dass ihm der Gegenstand von dem Empfänger zum Zwecke seiner Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zur Verfügung gestellt werde.[4])

Hiernach gestalten sich die Wirkungen der Anfechtung einer gemischten Schenkung mit einheitlichem Leistungsgegenstande wie folgt:

---

[1]) Vgl. Jäger, a. a. O. Anm. 10 zu § 29 S. 217 u. Anm. 1 zu § 37 S. 279; Sarwey—Bossert, Anm. 1 zu § 37 S. 180.

[2]) So Wolff a. a. O. Anm. 1 zu § 37 S. 149 im Verfolg der S. 163 Anm. 4 zurückgewiesenen Anschauung, das die Anfechtung wegen Verkürzung der Gläubiger derjenigen wegen Irrtums usw. gleichstehe.

[3]) Motive zum Anf. Ges. bei Hahn, S. 743 f; Hartmann, S. 29 No. 7; Mandry, 2. Aufl. § 50 S. 526 f; Peterson, a. a. O. S. 24; Seuff. Arch. Bd. 42 No. 117; R. G. in Jur. Wochenschr. 1897 S. 368 No. 6.

[4]) Motive a. a. O. S. 744. 747; Cosack, S. 266; Jäckel. S. 186.

Ficht der Konkursverwalter das Geschäft auf Grund des § 31 K. O. an, so hat der Anfechtungsgegner den der Konkursmasse entzogenen Gegenstand zu dieser zurückzubringen,[1]) da das ganze negotium mixtum der Anfechtung unterliegt.

Ist die Anfechtung auf Ziffer 1 oder 2 des § 3 Anf. Ges. gestützt, so muss aus demselben Grunde der Empfänger wegen der Forderung des Gläubigers in der geltend gemachten Höhe die Zwangsvollstreckung in den Leistungsgegenstand, in unserem Beispiele die Pfändung des Schmuckes durch jenen dulden; hierin besteht die Rückgewähr. Denn, wenn das angefochtene Geschäft zwischen dem Veräusserer und dem freigebig Bedachten nicht geschlossen worden wäre, so wäre das Leistungsobjekt im Vermögen des Schuldners geblieben, und der Gläubiger hätte durch die Zwangsvollstreckung in dasselbe seine Befriedigung erlangt.

Verwickelter gestaltet sich die Sachlage, wenn das gemischte Geschäft nur aus § 32 der Konkursordnung oder aus § 3 Ziffer 3 oder 4 des Anfechtungsgesetzes, also nur, soweit es eine Schenkung enthält, angefochten wird. Dann muss nach don obigen Ausführungen die Konkursmasse in die Lage versetzt, und dem Gläubiger die Befriedigung in der Weise ermöglicht werden, wie wenn die unentgeltliche Verfügung nicht getroffen worden wäre. Diese besteht im Zweifel mit der unentgeltlichen Überlassung einer Quote des einheitlichen Leistungsgegenstandes. Es muss hiernach so angesehen werden, als ob diese Quote nicht schenkungsweise veräussert worden wäre, sondern die Veräusserung sich nur auf die durch den nicht anfechtbaren Kauf **entgeltlich** überlassene Quote erstreckt hätte. Dann wären die beiden Vertragschliessenden Miteigentümer des Leistungsobjekts gewesen. Dieses Miteigentumsverhältnis muss bei der konkursmässigen Anfechtung zwischen der Konkursmasse und dem Anfechtungsgegner durch Rückübereignung der schenkweise veräusserten Quoten wiederhergestellt werden.[2])

Bei der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetze bildet der im Verhältnisse zum Gläubiger dem Veräusserer zustehende Miteigentumsanteil für jenen das Befriedigungsobjekt, der freigebig

[1]) Jäger, a. a. O. Anm. 10 zu § 29 S. 217; v. Wilmowski, Anm. 2 zu § 30 S. 161.

[2]) Vgl. oben S. 54 f. (Wirkung des Widerrufs wegen groben Undanks).

Bedachte muss ihm diesen Anteil zu seiner Befriedigung zur Verfügung stellen. Die Zwangsvollstreckung in einen Miteigentumsanteil erfolgt bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung gemäss den §§ 1—161 des Zwangsversteigerungsgesetzes, bei beweglichen Sachen gemäss § 857 C. P. O. durch Pfändung.[1]) Der Beschenkte mnss also im letzten Falle dulden, dass der Gläubiger wegen seiner Forderung und in Höhe derselben die Pfändung des dem Veräusserer zustehenden Anteils, in unserem Beispiele (oben S. 23) also die Pfändung des dem Veräusserer zustehenden Anteils von $^4/_5$ des Schmucks, vornimmt. Hat der Gläubiger die Pfändung bewirkt, so kann er nach den §§ 751 und 753 B. G. B. Aufhebung der Gemeinschaft und Befriedigung bis zum Betrage seiner Forderung aus dem der verschenkten Quote entsprechenden Anteile des Erlöses beanspruchen.

Zu einem anderen Ergebnisse gelangt Cosack[2]) für den Fall der teilweisen Anfechtbarkeit, der ja bei der Anfechtung des negotium mixtum aus § 3 Ziffer 3 und 4 des Anfechtungsgesetzes vorliegt. Ihm folgt Koeppen.[3]) Sie wollen den Leistungsgegenstand dem Anfechtungsgegner belassen und den anfechtenden Gläubiger auf einen Geldbetrag verweisen, welcher den Wert der geschenkten Leistungsquote darstellt.[4]) Cosack begründet dies damit, dass das Recht des Anfechtungsgegners wegen seines höheren Alters und seiner dinglichen Natur den Vorzug vor dem jüngeren und obligatorischen Rechte des Gläubigers verdiene. Dieser Grund ist m. E. nicht zutreffend. Denn einmal ist das Recht des Anfechtungsgegners nicht älter als das Anfechtungsrecht des Gläubigers, da letzteres bereits mit der Vornahme der anfechtbaren Handlung (also der Begründung des Rechts des Gegners) entsteht.[5]) Die im

---

[1]) Vgl. Petersen, C. P. O. Bd. 2 Anm. 3 zu § 857 S. 535, und Anm. 5a S. 536; Seuffert, C. P. O. Anm. 1b zu § 857 S. 544 f.

[2]) Anf. R. S. 261.

[3]) a. a. O. S. 66 f.

[4]) Umgekehrt nimmt Hartmann—Meikel (a. a. O. S. 215 Anm. 4) an, dass in einem solchen Falle das ganze Objekt zurückzugewähren sei, vorbehaltlich des Rechts des Anfechtungsgegners auf Erstattung des die Anfechtungsforderung übersteigenden Wertes des Objekts.

[5]) Vgl. R. G. bei Gruchot, Bd. 30 S. 746 und Entsch. Bd. 44 S. 92; Hartmann—Meikel, S. 36.

§ 2 des Anfechtungsgesetzes festgestellten Erfordernisse bedingen nicht die Entstehung des Anfechtungsanspruchs, sondern sind nur Voraussetzungen seiner Geltendmachung im Prozesswege. Das dingliche Recht des Anfechtungsgegners kann aber deshalb dem obligatorischen Anfechtungsrechte nicht vorgehen, weil sein Begründungsakt (z. B. Übergabe der beweglichen Sache) mit dem Makel der Anfechtbarkeit behaftet ist, wie er ja gerade die anfechtbare Rechtshandlung darstellt. Mit der Anfechtung des Begründungsaktes wird dem dinglichen Rechte die Stütze entzogen, auf der es beruht. Es muss deshalb bei der oben getroffenen[1]) Entscheidung verbleiben. Freilich steht nichts im Wege, dass die Parteien sich auf Rückgewähr des Wertüberschusses einigen. Dann ist der Wert der geschenkten Quote zur Zeit der Anfechtung zu Grunde zu legen.[2])

Im Falle der Anfechtung aus § 32 K. O. oder aus § 3 Ziff. 3 u. 4 des Anf. Ges. tritt gemäss § 37 Abs. 2 K. O. u. § 7 Abs. 2 des Anf. Ges. eine Beschränkung der Haftung des Empfängers auf die **Bereicherung** ein, sofern er die unentgeltliche Leistung **gutgläubig** empfangen hat, d. h. ohne Kenntnis davon, dass in Anbetracht der Vermögenslage des Schuldners durch die unentgeltliche Verfügung die Gläubiger in ihren Befriedigungsmitteln verkürzt wurden.[3])

Was im Falle der Anfechtung des **ganzen** Geschäfts die vom Empfänger gemachte Gegenleistung anlangt, so ist sie bei der Anfechtung im Konkurse aus der Konkursmasse zu erstatten, soweit sie sich in derselben befindet oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist. Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden (§ 38 K. O.). Bei einer ausserhalb des Konkurses erfolgenden Anfechtung ist der Empfänger wegen Erstattung seiner Gegenleistung ausschliesslich an den Schuldner verwiesen.

Ist nach der Parteiabsicht ein Teil des Kaufpreises als schenkungsweise erlassen anzusehen, so ist bei der konkursmässigen Anfechtung (§ 32 K. O.) ein der erlassenen Schuld entsprechender

---

[1]) Vgl. S. 68 f.

[2]) Vgl. oben S. 55 f.

[3]) Cosack, S. 251 f; 299 Hartmann—Meikel, S. 231 f.

Geldbetrag zur Konkursmasse einzuzahlen. Im Falle der Anfechtung aus § 3 Ziff. 3 oder 4 des Anfechtungsgesetzes ist die erlassene Forderung als noch zu Recht bestehend von dem freigebig Bedachten anzuerkennen und deren Pfändung durch den Gläubiger zu dulden.[1]) Dann kann dieser gemäss § 835 C. P. O. die Überweisung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt erwirken.[2]) Der Antrag kann aber nicht ohne weiteres auf Zahlung der entsprechenden Geldsumme an den Gläubiger gerichtet werden, wie die Motive zum Anfechtungsgesetze wollen.[3]) Das würde dem von den Motiven selbst aufgestellten Grundsatze widersprechen, dass die Rückgewähr den Zustand, wie er ohne die anfechtbare Handlung bestanden hätte, wiederherstellen solle. Der Gläubiger hätte, wenn sein Schuldner den anfechtbaren Erlass nicht vorgenommen hätte, seine Befriedigung auch nur durch Pfändung und Überweisung der Kaufgeldforderung erlangen können.

---

[1]) So Otto, S. 243; Jäckel S. 117; Hartmann—Meikel S. 219.

[2]) Otto, a. a. O. S. 243.

[3]) Hahn, S. 747.